TRIBUNAL DE ARBITRAJE

APP GICA S.A.

CONTRA

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., Octubre veinticuatro (24) de dos mil veintitrés (2023)

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO PRIMERO **8**

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO 8

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO *8*

1.1.- Parte Convocante 8

1.2.- Parte Convocada 9

1.3.- La comunicación a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y a la Procuraduría General de la Nación . 9

2.- EL PACTO ARBITRAL *10*

3.- SÍNTESIS DEL LITIGIO *12*

3.1.- Las Pretensiones 12

3.2.- Los Hechos 18

Hechos relacionados con los *"ANTECEDENTES ETAPAS DE PREFACTIBILIDAD Y FACTIBILIDAD DE LA APP "SEGUNDA CALZADA IBAGUÉ – CAJAMARCA". INICIATIVA PRIVADA SIN RECURSOS PÚBLICOS"* 18

Hechos relacionados con *"EL CONTRATO DE CONCESIÓN 002 DE 2015 Y SUS OTROSÍES"* 21

Hechos relacionados con *"EL MODELO FINANCIERO"* 24

Hechos relacionados con la *"ESTRUCTURA TARIFARIA. INCREMENTOS. AJUSTES. UBICACIÓN DE CASETAS"* 25

Hechos relacionados con la *"DISTRIBUCIÓN DE INGRESOS POR PEAJE ASIGNADOS A CADA UNIDAD FUNCIONAL DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO"* 27

Hechos relativos a las *"CAUSACIONES DEL DERECHO AL RECAUDO Y EMBOLSO DE LAS ESTACIONES DE PEAJE COCORA, GUALANDAY Y CHICORAL"* 28

Hechos relativos a *"LA CASETA DE CONTROL RATIFICADA Y REGULADA EN EL OTROSÍ No. 3 AL CONTRATO DE CONCESIÓN. OBJETIVOS PERSEGUIDOS CON SU ESTABLECIMIENTO"* 29

Hecho relativos a las *"DECLARACIONES PÚBLICAS DE LA ANI"* 30

Hechos relativos a la *"SOLICITUD DE ACTIVAR EL MECANISMO ESTABLECIDO EN LA SECCIÓN 3.4 LITERAL (i) (ii) (2). LA RESPUESTA DE LA ANI"* 32

Hechos relativos a la *"INEXISTENCIA DE EXCEDENTES ANI SEGÚN OTROSÍ No. 3 AL CONTRATO DE CONCESIÓN 002 DE 2015". "CAJA RETENIDA"* 33

Hechos relativos al *"ACTA DE ENTENDIMIENTO SUSCRITA POR LAS PARTES. FINALIDAD PERSEGUIDA"* .. 33

Hechos atinentes a *"LA ELUSIÓN DEL PEAJE DE COCORA. LA DISMINUCIÓN EN LOS RECAUDOS DE PEAJE. SU PROMOCIÓN POR PARTE DE LA ANI. DESCRIPCIÓN DE LA RUTA DE ELUSIÓN. CUANTIFICACIÓN (OCURRIDA Y FUTURA)"* 34

Hechos relativos al *"MINISTERIO DE TRANSPORTE Y LA ANI – AUTORIDADES COMPETENTES"* 35

Hechos relativos a *"LA EXPRESA RETICENCIA DE LA ANI A LA CASETA DE CONTROL DE PEAJE PACTADA EN EL OTROSÍ No. 3"* 36

Hechos atinentes a *"LA SOLICITUD DE LA COMUNIDAD DE APLICACIÓN DE TARIFAS DIFERENCIALES. LO PROMETIDO POR LA ANI SOBRE LA SOLICITUD DE TARIFAS DIFERENCIALES. SOLICITUD DE LA ANI A APP GICA S.A. AL RESPECTO. LO MANIFESTADO POR EL ORIGINADOR DEL PROYECTO EN LAS SOCIALIZACIONES DE LA INICITIVA PRIVADA"* 36

Hechos relacionados con *"EL ACUERDO SOBRE LA INSTALACIÓN DE NUEVOS PEAJES Y APLICACIÓN DE TARIFAS DIFERENCIALES, CELEBRADO POR EL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y EL COMITÉ DEL PARO NACIONAL"* 38

Hecho relativo a *"LAS DECLARACIONES DEL GREMIO TRANSPORTADOR Y DE LA COMUNIDAD EN GENERAL SOBRE LA INSTALACIÓN DE LA CASETA DE PEAJE COCORA"* 39

Hecho relacionado con *"LA INVIABILIDAD FINANCIERA SOBREVINIENTE PARA EL PROYECTO"* 39

Hechos tocantes a *"LA PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DEL EQUITY Y DE LA FINANCIACIÓN CREDITICIA"* .. 39

Hechos relativos a la *"LA ACCIÓN POPULAR SOBRE EL PASO POR CAJAMARCA. ALCANCE Y SENTIDO DEL FALLO"* 41

Hechos que tienen que ver con *"EL PLAZO INICIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. AUTORIZACIÓN CONPES DE PLAZO SUPERIOR AL DESCRITO EN LA LEY 1508 DE 2012"* 42

Hechos relacionados con la *"ENTREGA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS FASE III DE LOS SUBSECTORES 4, 5, 6 Y 7 DE LA UNIDAD FUNCIONAL 2 DEL PROYECTO"* 42

3.3. Las Excepciones de Mérito 43

3.3.1. *"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"* 43

3.3.2. *"LA NO INSTALACIÓN DE LA CASETA DE PEAJE OBEDECE A HECHOS IMPUTABLES AL CONCESIONARIO POR INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES – EL DEBER DE OBRAR DE BUENA FE Y RESPETAR LOS ACTOS PROPIOS"* 46

3.3.3. ***"LA INSTALACIÓN DE LA CASETA DE CONTROL ES UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO A CUENTA Y RIESGO DEL CONCESIONARIO"*** 47
3.3.4. ***"EL TRÁMITE DE MODIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 000175 DE 2015 ANTE EL MINISTERIO DE TRANSPORTE NO SE HA ADELANTADO POR LA NO ENTREGA DE LOS INSUMOS POR PARTE DEL CONCESIONARIO"*** 48
3.3.5. ***"INEXISTENCIA DE ELUSIÓN POR LA NO INSTALACIÓN DE LA CASETA DE CONTROL DE PEAJE COCORA"*** 49
3.3.6. ***"EL MODELO FINANCIERO NO ES VINCULANTE, NI ES EQUIVALENTE A UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL"*** 50
3.3.7. ***"LA IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO"*** 51
3.3.8. ***"EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA"*** 52
4. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN EL PROCESO *52*
5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO *56*

CAPÍTULO SEGUNDO **58**

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER 58
1.- CUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES *58*
1.1.- CAPACIDAD PARA SER PARTE 58
1.2.- CAPACIDAD PARA COMPARECER AL PROCESO 58
1.3.- LA DEMANDA EN FORMA 59
1.4.- LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO 59
1.5.- INEXISTENCIA DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL JUDICIAL 59
1.6.- CONCLUSIÓN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES 59
2.- LOS PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER *60*
2.1.- ¿SE HA AFECTADO LA ESTRUCTURA TARIFARIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DE 2015 COMO CONSECUENCIA DE LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO DE ELUSIÓN A CARGO DE LA ANI POR NO HABER PERMITIDO LA CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE LA CASETA DE CONTROL PARA EL RECAUDO DEL PEAJE DE COCORA? 60
2.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 61
2.1.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA 62
2.1.3.- POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO 63
2.2. ¿SE HA AFECTADO LA ESTRUCTURA TARIFARIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DE 2015 COMO CONSECUENCIA DE LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO A CARGO DE LA ANI DE CREAR O ADOPTAR TARIFAS DIFERENCIALES O DE EXENCIONES EN FAVOR DE GRUPOS POTENCIALES DE USUARIOS DEL SISTEMA VIAL GICA, OBJETO DEL CITADO CONTRATO? 63
2.2.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 63
2.2.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA 64
2.3.- ¿LA MATERIALIZACIÓN DE LOS ANTERIORES RIESGOS A CARGO DE LA ANI GENERAN, CONSECUENCIALMENTE, LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO DE IMPOSIBILIDAD PARCIAL DEL RECAUDO EN EL PEAJE DE COCORA POR RAZONES NO IMPUTABLES AL CONCESIONARIO? 64
2.3.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 64
2.3.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA 65
2.4.- ¿LA MATERIALIZACIÓN DE LOS ANTERIORES RIESGOS A CARGO DE LA ANI PERMITE ACTIVAR Y APLICAR LOS MECANISMOS DE COMPENSACIÓN DE RIEGOS PREVISTOS EN EL CONTRATO POR EL MENOR VALOR DE RECAUDO DEL PEAJE Y, SI ELLOS NO FUEREN SUFICIENTES EN EL PRESENTE CASO, SE PODRÁ PARA DISPONER LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO? 65
3.- EL TIPO Y NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 de 2015, FUENTE DE LAS CONTROVERSIAS SOMETIDAS A CONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL *68*
4.- RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DE 2015 ..... *73*
5.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA APP No. 002 DE 2015 Y LAS MODIFICACIONES QUE LE FUERON INTRODUCIDAS *76*
5.1.- OTROSÍ No. 1, DE OCTUBRE 6 DE 2016 79
5.2.- OTROSÍ No. 2, DE ENERO 2 DE 2019 79
5.3.- OTROSÍ No. 3, DE AGOSTO 23 DE 2019 79
5.4.- OTROSÍ No. 4, DE AGOSTO 3 DE 2020 79
5.5.- OTROSÍ No. 5, DE ABRIL 5 DE 2021 79
5.6.- OTROSÍ No. 6, DE JULIO 24 DE 2021 80
6.- SOBRE LA MODIFICACIÓN O REFORMA DE LOS CONTRATOS *80*
7.- LOS LÍMITES A LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES *83*

8.- LOS PRINCIPALES LÍMITES A LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES *86*
8.1.- Las modificaciones que a los Contratos estatales convengan las partes en virtud de la autonomía de su voluntad, deberán ceñirse a los siguientes requisitos: 87
8.2.- Cuando se trate del rompimiento del equilibrio económico de un Contrato estatal, se requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos: 89
8.3.- Cuando se trate del ejercicio de la facultad excepcional de modificación unilateral, será necesario que se cumplan las siguientes exigencias: 90
9.- EL OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESION BAJO EL ESQUEMA DE APP *91*
10.- EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y SU APLICACIÓN AL PRESENTE CASO *98*
11.- SOBRE LA ELUSIÓN DE PEAJE Y SI SE PRESENTA LA ELUSIÓN EN ESTE CASO *112*
11.1- LO PACTADO ENTRE LAS PARTES 113
11.1.1.- EN LA PARTE GENERAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DEL 12 DE FEBRERO DE 2015 113
11.1.2.- EN LA PARTE ESPECIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DEL 12 DE FEBRERO DE 2015 114
11.1.3.- EN EL APÉNDICE TÉCNICO No. 2 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DEL 12 DE FEBRERO DE 2015 117
11.1.4.- EN EL OTROSÍ No. 1 DEL 6 DE FEBRERO DE 2016 AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DEL 12 DE FEBRERO DE 2015 118
11.1.5.- EN EL OTROSÍ No. 3 DEL 23 DE AGOSTO DE 2019 AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DEL 12 DE FEBRERO DE 2015 121
11.2.- SOBRE LA ELUSIÓN Y LA EVASIÓN 123
11.3.- LA CASETA DE CONTROL DE PEAJE Y LA BUENA FE 131
12.- LA AFECTACIÓN DE LA ESTRUCTURA TARIFARIA POR NO HABER INSTALADO LA CASETA DE CONTROL DE PEAJE DE COCORA LO QUE PERMITE Y CONFIGURA UNA ELUSIÓN DEL PEAJE *139*
13.- LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS Y LAS CONSECUENCIAS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA ELUSIÓN QUE SE HA VERIFICADO EN ESTE CASO *155*
14. SOBRE SI SE CONFIGURÓ O NO Y/O SE ENCUENTRA ACREDITADO DENTRO DEL PLENARIO, SEGÚN LO ALEGA LA DEMANDANTE, LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO CONSISTENTE EN LA ADOPCIÓN DE TARIFAS DE PEAJE DIFERENCIALES O EXENCIONES EN FAVOR DE GRUPOS DE POTENCIALES USUARIOS DE LA VÍA. *177*
15. SE HA AFECTADO LA ESTRUCTURA FINANCIERA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 002 DE 2015 Y/O DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN DICHA ESTRUCTURA FINANCIERA EN TANTO SE HA CONFIGURADO Y/O SE ENCUENTRA ACREDITADO DENTRO DEL PLENARIO, SEGÚN LO ALEGA LA DEMANDANTE, LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO POR LA IMPOSIBILIDAD -TOTAL O PARCIAL- DEL RECAUDO EN EL PEAJE DE COCORA POR RAZONES NO IMPUTABLES AL CONCESIONARIO. *186*
16.- LA PROCEDENCIA DE ACTIVAR Y APLICAR LOS MECANISMOS DE COMPENSACIÓN DE RIESGOS PREVISTOS EN EL CONTRATO POR EL MENOR VALOR DE RECAUDO DEL PEAJE Y, SI ELLOS NO FUEREN SUFICIENTES, SI SE PODRÁ DISPONER SU TERMINACIÓN: *188*
17.- LA PROCEDENCIA DE APLICAR, EN EL PRESENTE CASO, LA FÓRMULA DE LIQUIDACIÓN CONTRACTUALMENTE ACORDADA EN LA ESTIPULACIÓN 18.3 (f) *192*
18.- ANÁLISIS DE CADA PRETENSIÓN DECLARATIVA DE LA DEMANDA *199*
18.1.- PRETENSIÓN PRIMERA 199
18.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 200
18.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA 200
18.1.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 200
18.2.- PRETENSIÓN SEGUNDA 200
18.2.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 200
18.2.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA 201
18.2.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 201
18.3.- PRETENSIÓN TERCERA 201
18.3.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 201
18.3.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA 201
18.3.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 202
18.4.- PRETENSIÓN CUARTA 202
18.4.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 202
18.4.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA 202
18.4.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 203
18.5.- PRETENSIÓN QUINTA 203
18.5.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 203
18.5.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA 203

18.5.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 203
18.6.- PRETENSIÓN SEXTA ... 204
18.6.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 204
18.6.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 204
18.6.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 204
18.7.- PRETENSIÓN SÉPTIMA ... 204
18.7.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 205
18.7.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 205
18.7.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 205
18.8.- PRETENSIÓN OCTAVA ... 209
18.8.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 209
18.8.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 209
18.8.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 209
18.9.- PRETENSIÓN NOVENA ... 209
18.9.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 209
18.9.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 210
18.9.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 210
18.10.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA ... 210
18.10.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 210
18.10.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 210
18.10.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 210
18.11.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA PRIMERA ... 211
18.11.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 211
18.11.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 212
18.11.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 212
18.12.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA SEGUNDA ... 223
18.12.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 224
18.12.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 224
18.12.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 224
18.13.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA ... 228
18.13.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 229
18.13.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 229
18.13.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 229
18.14.- LA PRETENSIÓN DÉCIMO CUARTA ... 230
18.14.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 230
18.14.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 231
18.14.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 231
18.15.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA QUINTA ... 242
18.15.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 242
18.15.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 242
18.15.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 242
18.16.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA SEXTA ... 246
18.16.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 247
18.16.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 247
18.16.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 247
18.17.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA ... 247
18.17.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 248
18.17.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 249
18.17.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 249
18.18.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA OCTAVA ... 249
18.18.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 249
18.18.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 249
18.18.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 249
18.19.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA ... 250
18.19.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 250
18.19.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 250
18.19.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ... 250
18.20.- LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA ... 250
18.20.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE ... 251
18.20.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA ... 251

18.20.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 251
18.21.- LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA PRIMERA 251
18.21.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 251
18.21.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA 252
18.21.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 252
18.22.- LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA 252
18.22.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 252
18.22.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA 253
18.22.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 253
18.23.- LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA 253
18.23.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 253
18.23.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA 254
18.23.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 254
a.- En el dictamen pericial elaborado por BONUS BANCA DE INVERSIÓN (Noviembre de 2022): 268
b.- En la adición o complementación del dictamen pericial elaborado por BONUS BANCA DE INVERSIÓN (Mayo de 2023): 274
c.- Alegatos de Conclusión de APP GICA S.A. 275
d.- En el dictamen pericial de contradicción elaborado por STRATEGAS BANCA DE INVERSIÓN (Abril de 2023) 276
e.- En la ampliación o complementación del dictamen pericial de contradicción elaborado por STRATEGAS BANCA DE INVERSIÓN (Abril de 2023): 277
f.- Alegatos de conclusión de la ANI 279
g.- Interrogatorio de los Peritos 280
h.- Contrato de Concesión Parte General 283
18.24.- LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA 288
18.24.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 289
18.24.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA 289
18.24.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 289
19.- ANÁLISIS DE CADA PRETENSIÓN DE CONDENA DE LA DEMANDA ARBITRAL *290*
19.1.- PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA 290
19.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 290
19.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA 290
19.1.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 291
19.2.- PRETENSIÓN SEGUNDA DE CONDENA 292
19.2.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE 292
19.2.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA 292
19.2.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 292
19.3.- PRETENSIÓN TERCERA DE CONDENA 295
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 296
19.4.- PRETENSIÓN CUARTA DE CONDENA 296
20.- LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO *297*
20.1.- "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" 297
20.2.- "LA NO INSTALACIÓN DE LA CASETA DE PEAJE OBEDECE A HECHOS IMPUTABLES AL CONCESIONARIO POR INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES – EL DEBER DE OBRAR DE BUENA FE Y RESPETAR LOS ACTOS PROPIOS" 298
20.3.- "LA INSTALACIÓN DE LA CASETA DE CONTROL ES UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO A CUENTA Y RIESGO DEL CONCESIONARIO" 298
20.4.- "EL TRÁMITE DE MODIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 000175 DE 2015 ANTE EL MINISTERIO DE TRANSPORTE NO SE HA ADELANTADO POR LA NO ENTREGA DE LOS INSUMOS POR PARTE DEL CONCESIONARIO" 299
20.5.- "INEXISTENCIA DE ELUSIÓN POR LA NO INSTALACIÓN DE LA CASETA DE CONTROL DE PEAJE COCORA" 299
20.6.- "EL MODELO FINANCIERO NO ES VINCULANTE, NI ES EQUIVALENTE A UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL" 300
20.7.- "LA IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO" 300
21.- DEL JURAMENTO ESTIMATORIO Y SU OBJECIÓN *300*
22.- DE LA CONDENA EN COSTAS *301*

CAPÍTULO TERCERO **303**

PARTE RESOLUTIVA 303
RESUELVE *303*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

APP GICA S.A.

CONTRA

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–

LAUDO ARBITRAL

El Tribunal de Arbitraje constituido para decidir en derecho las controversias suscitadas entre **APP GICA S.A.,** en calidad de Parte Convocante y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–,** en condición de Parte Convocada, Tribunal integrado por los Árbitros **MAURICIO FAJARDO GÓMEZ,** quien preside, **ILEANA MELO SALCEDO** y **FERNANDO ESCALLÓN MORALES,** así como por el Secretario **HENRY SANABRIA SANTOS,** profiere el presente Laudo Arbitral en derecho, después de agotadas en su integridad las etapas procesales previstas en la Ley.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

Los extremos en este proceso arbitral son los siguientes:

1.1.- Parte Convocante

La Parte Convocante en el presente proceso arbitral es la sociedad **APP GICA S.A.,** constituida por escritura pública No. 100 del 28 de enero de 2015, otorgada en la Notaría 35 del círculo de Bogotá D.C., inscrita el 5 de febrero de 2015 bajo el No. 01908806 del Libro IX, distinguida con NIT. 900.816.750-3, representada por el señor **JAIME EZEQUIEL ROMERO BERTEL,** identificado con cédula de ciudadanía No. 79’263.394 de Bogotá, en su condición de Gerente.

En el presente proceso arbitral, la Parte Convocante se encuentra representada judicialmente por el Abogado **FRANCISCO JAVIER LÓPEZ CHAVES,** identificado

con cédula de ciudadanía No. 17’138.808, portador de la Tarjeta Profesional No. 10.121 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con el poder que obra en el expediente y a quien el Tribunal le reconoció personería.

En esta providencia la Parte Convocante se identificará como **“APP GICA, Parte Convocante** o **Concesionaria”.**

1.2.- <u>Parte Convocada</u>

La Parte Convocada en el presente proceso es la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–,** entidad que en virtud del Decreto No. 4165 del 3 de noviembre de 20112 corresponde a una 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 de la República de Colombia, identificada con NIT. 830.125.996-9, representada por el señor **WILLIAM FERNANDO CAMARGO TRIANA,** quien al momento de notificación del auto admisorio de la demanda ostentaba la condición de Presidente.

En el presente proceso arbitral, la Parte Convocada se encuentra representada judicialmente por el Abogado **CARLOS FELIPE ORTEGÓN PULIDO,** identificado con Cédula de Ciudadanía No. 79’953.215, portador de la Tarjeta Profesional No. 128.864 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con el poder que obra en el expediente y a quien el Tribunal le reconoció personería.

En esta providencia la Parte Convocada se identificará como **“ANI** o **Parte Convocada”.**

Desde ya se deja sentado por el Tribunal de Arbitraje que, en punto de los denominados presupuestos procesales de capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, las Partes, además de contar con aptitud legal para intervenir en este proceso, se encuentran debidamente representadas al tenor de lo previsto por los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso –C.G.P.–, en concordancia con lo establecido en el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –C.P.A. y C.A.–, a lo cual hay que agregar que ninguno de ellos ha alegado indebida representación.

1.3.- La comunicación a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y a la Procuraduría General de la Nación

Así mismo, consta en el expediente que de la presentación de la demanda se le informó a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO –ANDJE–**, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 1563 dictada en 2012 y que dicha entidad fue notificada del auto admisorio de la demanda[1] el 8 de septiembre de 2022, según las disposiciones contenidas en el artículo 612 del citado Código General del Proceso –C.G.P.–.

[1] Auto No. 3 de fecha 7 de septiembre de 2022

Igualmente, consta en el expediente que de la presentación de la demanda se le informó a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 1563 sancionada en 2012 y que dicha entidad fue notificada del auto admisorio de la demanda el 8 de septiembre de 2022, según las disposiciones contenidas en el artículo 612 del citado Código General del Proceso –C.G.P.–. La Procuraduría designó como agente suyo a la Procuradora **JERLY LORENA ARDILA CAMACHO**.

2.- EL PACTO ARBITRAL

El Pacto Arbitral con base en el cual se convocó este Tribunal de Arbitraje se encuentra contenido en el Capítulo XV *"Solución de Controversias"*, Sección 15.2 de la Parte General del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015 celebrado entre las Partes mencionadas, el 12 de febrero de 2015, cuyo tenor literal es el siguiente:

> *"15.2. - Arbitraje Nacional*
>
> *"(a). Toda controversia que surja entre las Partes con ocasión del presente Contrato, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la Ley 1563 de 2012, en armonía con las normas de procedimiento aplicables a la controversia y con el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o con las normas que las modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen.*
>
> *"(b). También serán del conocimiento del Tribunal de Arbitramento, las decisiones definitivas adoptadas por el Amigable Componedor, de conformidad con lo establecido para los efectos de la transacción en la Ley Aplicable.*
>
> *"(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 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 de Arbitramento estará compuesto por tres (3) árbitros los cuales serán designados de común acuerdo por las Partes. Para ello las Partes elaborarán listas de candidatos con idoneidad en el objeto y las características del Contrato. En caso*

de no llegarse a un acuerdo el Centro de Arbitraje escogido conforme a lo establecido en la Sección 15.2(c) anterior, designará los árbitros por sorteo de acuerdo con su reglamento.

"(e). Los árbitros decidirán en derecho.

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

	"Rango Inferior		*Rango Superior*	*Tarifa*
"Hasta			*$6.160.000,00*	*40,00 SMMLV*
"De	*$6.160.001,00*	*A*	*$108.416.000,00*	*13,00%*
"De	*$108.416.001,00*	*A*	*$325.864.000,00*	*9,00%*
"De	*$325.864.001,00*	*A*	*$543.312.000,00*	*8,00%*
"De	*$543.312.001,00*	*A*	*$1.086.624.000,00*	*7,00%*
"Más de	*$1.086.624.001,00*		*500 SMMLV*	

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

"(h). Los árbitros designados harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación, situación que deberá mantenerse de su parte en todo momento del proceso. En todo caso, ningún miembro del panel podrá ser empleado, socio o contratista del Concesionario, de los miembros o socios del Concesionario, de la ANI, el Ministerio de Transporte o sus entidades descentralizadas o adscritas, del Interventor o de los apoderados de las Partes. Tampoco podrán ser accionistas del Interventor o del Concesionario o de cualquiera de las empresas que sean socias de éstos, ni podrán tener parentesco hasta de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los empleados de nivel directivo de la ANI, del Concesionario, del Interventor, de los accionistas del Concesionario, del Interventor o de los apoderados de las Partes. Igualmente, no podrá ser árbitro quién al momento de la designación sea coárbitro en los procesos que los apoderados

de las Partes sean a su vez coárbitros o apoderados en aquellos procesos.

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

"(j). Las Partes acuerdan que en el evento en que se convoque el Tribunal de Arbitramento, los efectos de la cláusula compromisoria serán extensivos a aquellas empresas, sociedades o personas naturales que hayan presentado conjuntamente la Oferta, en la medida que dichos sujetos prestaron su consentimiento por referencia al momento de la presentación de la Oferta.

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

La validez del Pacto Arbitral no fue discutida por alguna de las Partes en este proceso y la competencia del Tribunal quedó definida en la providencia mediante la cual se dispuso que el Tribunal contaba con plenas atribuciones para resolver las controversias, de acuerdo con las precisas consideraciones que allí quedaron plasmadas.

3.- SÍNTESIS DEL LITIGIO

3.1.- <u>Las Pretensiones</u>

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en su Demanda Arbitral son las siguientes:

"VI.1.- PRETENSIONES DECLARATIVAS

"PRIMERA.- *Se declare que el Contrato de Concesión 002 de 2015 suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA S.A. de fecha 15 de febrero de 2015, se celebró como culminación de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, presentada el 07 de marzo de 2012 ante la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– por la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA; al amparo de lo*

normado por la Ley 1508 de 2012 y sus posteriores Decretos Reglamentarios.

***"SEGUNDA.-** Se declare que de conformidad con lo dispuesto por la mencionada Ley 1508 de 2012 y sus posteriores Decretos Reglamentarios la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA, luego de sucedida la Etapa de Prefactibilidad del Proceso de Iniciativa Privada, procedió a surtir la subsiguiente Etapa de Factibilidad; en prosecución de lo cual entregó a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– los estudios e información que desarrollaba los aspectos técnicos**, financieros, económicos,** ambientales y legales de la iniciativa en ciernes.*

***"TERCERA.-** Se declare **que en tratándose de los aspectos financieros de la propuesta** de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, **se entregó el Modelo Financiero** que, como su nombre lo indica, desarrollaba todos los aspectos relacionados con las variables económicas del contrato propuesto.*

*"**CUARTA.-** Se declare que el mencionado Modelo Financiero no solamente incorporaba los valores de los factores o conceptos representativos del Capex y del Opex de la iniciativa, sino también las fuentes de financiación con que contaría el Proyecto, provenientes de aportes al equity y de los recursos de crédito otorgados por terceros.*

***"QUINTA.-** Se declare que el Modelo Financiero de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, también contemplaba el monto del VPIP, esto es, la retribución o compensación que el Proponente recibiría como contraprestación por la ejecución de las actividades y obras conformantes del objeto de la Iniciativa propuesta.*

***"SEXTA.-** Se declare que el VPIP demandado por el Proponente y finalmente convenido entre Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA**, sería cubierto mediante la cesión del derecho al recaudo de las tarifas de peaje que se recolectarían en las Estaciones de Peaje de Cocora, Chicoral y Gualanday y posteriormente resultarían fijadas por el Ministerio de Transporte mediante la Resolución 0000175 de 2015**, la cual formó parte integral del Contrato 002 de 2015 y representa la fuente esencial e integral de la contraprestación reconocida en favor de APP GICA S.A.*

"SÉPTIMA.- *Se declare que mediante la Parte Especial y los Otrosíes 1 y 3 al Contrato de Concesión 002 de 2015, la Entidad Concedente y la Concesionaria convinieron la construcción, dotación y puesta en operación de una Caseta de Control de Peaje Cocora que se ubicaría entre el Pr73+375 de la Vía Ibagué– Cajamarca (Ruta 4003) y representaría un punto de recaudo de las tarifas de peaje vigentes de mano de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA– que transitasen en el sentido Ibagué–Cajamarca mediante el uso de la vía entre el Combeima y Cocora, perteneciente a la Unidad Funcional 1 de la segunda calzada Ibagué–Cajamarca y aquellos que se desplazasen en el sentido Cajamarca–Ibagué mediante el uso de la vía nacional existente Ibagué–Cajamarca (Ruta 4003).*

"OCTAVA.- *Se declare que los recaudos por concepto de tarifas de peaje que se recibiesen de manos de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA– que transitasen en el sentido Ibagué – Cajamarca mediante el uso de la vía entre el Combeima y Cocora, perteneciente a la Unidad Funcional 1 de la segunda calzada Ibagué – Cajamarca* ***pertenecerían a APP GICA S.A.*** *como parte que serían del VPIP convenido.*

"NOVENA.- *Se declare que los recaudos por concepto de tarifas de peaje que se recibiesen de manos de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA– que transitasen en el sentido Cajamarca – Ibagué mediante el uso de la vía nacional existente Ibagué – Cajamarca (Ruta 4003) pertenecerían a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y no harían parte del VPIP.*

"DÉCIMA.- *Se declare que la Estructura Financiera de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, que se refleja en el Modelo Financiero presentado por la Promesa de Sociedad Futura APP GICA, finalmente convenido entre las Partes y adoptado como elemento integral del Contrato 002 de 2015,* ***no contemplaba la creación o adopción de tarifas diferenciales o de exenciones en favor de ningún grupo de potenciales usuarios del Sistema Vial GICA, objeto del Contrato 002 de 2015.***

"DÉCIMA PRIMERA.- *Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI– no permitió construir y poner en funcionamiento la Caseta de Control de Peaje Cocora y, por ende, impidió cobrar las Tarifas de Peaje reguladas por la Resolución 0000175 de 2015 a los grupos de usuarios a los que se refieren las pretensiones* ***OCTAVA*** *y* ***NOVENA*** *y que, al así disponerlo incumplió con lo acordado a términos de la Parte*

Especial del Contrato de Concesión y los Otrosíes 1 y 3 al Contrato 002 de 2015.

"DÉCIMA SEGUNDA.- *Se declare que como consecuencia de la no instalación de la Caseta de Control a que se refiere la pretensión* ***SÉPTIMA****, se ha generado una elusión en el pago de las tarifas correspondientes en la Estación de Peaje Cocora que en el caso de que ésta existiera y operara sería evitada.*

"DÉCIMA TERCERA.- *Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– se comprometió, para con los representantes del Paro Nacional ocurrido durante el año 2021, a estudiar y establecer tarifas diferenciales y exenciones favorecedoras de los grupos de potenciales usuarios del Sistema Vial GICA que en los Acuerdos firmados con ellos se identificaron.*

"DÉCIMA CUARTA.- *Se declare que* ***la actuación administrativa a que dice relación la pretensión DÉCIMA PRIMERA encarna una afectación de la Estructura Tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje 0000175 de 2015, tantas veces mencionada y de consiguiente del Modelo Financiero concertado.***

"DÉCIMA QUINTA.- *Se declare que el compromiso asumido por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- de crear exenciones y tarifas especiales para ciertos usuarios, igualmente genera las consecuencias que regla el numeral 3.4(i) del Contrato de Concesión.*

"DÉCIMA SEXTA: *Se declare que al tenor de lo dispuesto por el numeral 3.4(i)-(i) ante la ocurrencia de cualquiera de las hipótesis por el mismo reguladas; vale decir: (i) modificar dichas tarifas, ii)* ***crear exenciones o tarifas especiales para ciertos usuarios, o iii) de cualquier otra forma afectar la estructura tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje (…)****, se acordó que:*

"Para cada trimestre de ejecución del Contrato se deberá calcular, entre el Interventor, el Supervisor y el Concesionario, la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse aplicado la estructura tarifaria (debidamente indexada) prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje ***correspondiente a las modificaciones adoptadas por el Ministerio de Transporte****, de lo cual se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes a la terminación de dicho trimestre. (…)*

"DÉCIMA SÉPTIMA.- *Se declare que el menor valor del Recaudo de Peaje deberá ser compensado mediante la aplicación, en su orden, de los cinco (5) mecanismos regulados por el literal (ii) de la aludida estipulación contractual; según sigue:*

"El valor resultante derivado del menor Recaudo de Peaje deberá ser compensado, así:

"(1)- *Al traslado a la Cuenta Proyecto de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;*

"(2)- *De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;*

"(3)- *De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;*

"(4)- *De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;*

"(5)- *De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral.*

"DÉCIMA OCTAVA.- *Se declare que el primer (1) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte*

General del Contrato de Concesión 002 de 2015 resulta de imposible aplicación, desde luego que en la Subcuenta de Excedentes ANI no existe en la actualidad recurso alguno.

"DÉCIMA NOVENA.- *Se declare que el segundo (2) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 no ha sido adoptado de manera clara, expresa y definitiva por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–.*

"VIGÉSIMA.- *Se declare que el tercer (3) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 no fue actuado con anterioridad a la radicación de la presente demanda por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–.*

"VIGÉSIMA PRIMERA.- *Se declare que el cuarto (4) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 resulta insuficiente para compensar el valor del desbalance entre los ingresos por peaje que se habrían obtenido comparados con aquellos que la Concesionaria está embolsando y embolsará en el futuro.*

"VIGÉSIMA SEGUNDA.- *Se declare que como consecuencia del despacho favorable de las pretensiones Décima Octava, Décima Novena, Vigésima y Vigésima Primera anteriores se ha de proceder a la aplicación del mecanismo identificado bajo el número (5) que a su letra dice:*

"(5)- De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral.

"VIGÉSIMA TERCERA.- *Se declare la Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015, como consecuencia de la procedencia del mecanismo (5) de compensación.*

"VIGÉSIMA CUARTA.- *Como derivación del despacho favorable de la pretensión anterior, se ordene la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato.*

> ***"VI.2.- PRETENSIONES DE CONDENA***
>
> ***"PRIMERA.-*** *Se disponga que como corolario del despacho favorable de las* ***PRETENSIONES DECLARATIVAS*** *suplicadas; y, en particular de la pretensión declarativa* ***VIGÉSIMA CUARTA*** *la Convocada deberá pagar a la Convocante el valor resultante de la aplicación de lo dispuesto en la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato 002 de 2015.*
>
> ***"SEGUNDA.-*** *Que en añadidura de la pretensión anterior se disponga que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA S.A. deberán iniciar y culminar el proceso de reversión de la infraestructura concesionada bajo el Contrato 002 de 2015; observando para el efecto los términos y condiciones que regula la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo IX Sección 9.7, en el plazo máximo que señalen Sus Señorías contado a partir de la fecha en que adquiera firmeza el Laudo que se profiera como cierre de este Arbitraje.*
>
> ***"TERCERA.-*** *Que a la par se disponga que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA deberán iniciar y culminar el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 002 de 2015; observando para el efecto los términos y condiciones que la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo XVIII, en el plazo máximo que señalen Sus Señorías, contado a partir de la fecha en que adquiera firmeza el Laudo que se profiera como cierre de este Arbitraje.*
>
> ***"CUARTA.-*** *Que se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– a cubrir en favor de APP GICA las costas del proceso y las correspondientes agencias en derecho".*

3.2.- <u>Los Hechos</u>

Los hechos que se relacionaron como fundamento de la demanda arbitral, en síntesis, son los siguientes:

Hechos relacionados con los *"ANTECEDENTES ETAPAS DE PREFACTIBILIDAD Y FACTIBILIDAD DE LA APP "SEGUNDA CALZADA IBAGUÉ – CAJAMARCA". INICIATIVA PRIVADA SIN RECURSOS PÚBLICOS"*

3.2.1. El 7 de marzo de 2012, la **Promesa de Sociedad Futura APP GICA S.A.**, mediante Comunicación No. 2012-409-006597-2, presentó ante la **ANI** una propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada –APP IP–, que no requiere desembolso de recursos públicos, con el objeto de realizar los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión

social, predial y ambiental de la segunda calzada Ibagué - Cajamarca y la operación y mantenimiento del sistema vial conformado por las siguientes vías: Variante Chicoral, Variante Gualanday, Gualanday - Ibagué, Gualanday - Espinal, Variante Picaleña, Ramal Norte y trazado existente Ibagué - Cajamarca.

3.2.2. El 6 de junio de 2012, la **ANI** mediante comunicación con Radicación de Salida No. 2012-409-007092-1, informó a la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA** que el Proyecto sometido a su consideración resultaba de su interés y debía continuar adelantando los trámites y etapas de aprobación consagrados en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, razón por la cual le solicitó allegar información adicional sobre el Proyecto propuesto.

3.2.3. La Promesa de Sociedad Futura **APP GICA,** mediante comunicación con Radicado No. 2012-409-021476-2 de fecha 30 de julio de 2012, atendió las sugerencias de la **ANI** y, adicionalmente, le manifestó que continuaría surtiendo las Etapas establecidas para la evaluación de la Iniciativa con el propósito de obtener, de parte de esa entidad, la correspondiente aprobación de la Etapa de Prefactibilidad, de conformidad con lo regulado en el Decreto Reglamentario 1467 de 2012.

3.2.4. El 19 de diciembre de 2012, la **ANI** profirió la Resolución No. 880 mediante la cual resolvió otorgar concepto favorable a la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere de desembolso de recursos públicos, presentada por la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA** y, además, resolvió señalar que se iniciaría la Etapa de Factibilidad del Proceso.

3.2.5. El 19 de marzo de 2013, mediante Comunicación No. 2013-409-010767-2, la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA,** dentro del término otorgado en la Resolución No. 880 de 2012 y de conformidad con lo establecido en el artículo 239 del Decreto 1467 de 2012, presentó ante la **ANI** todos los componentes Técnicos, Financieros y Jurídicos exigidos para atender la Etapa de Factibilidad de la Iniciativa Privada.

3.2.6. Con posterioridad, en desarrollo de la Etapa de Factibilidad del Proceso de Iniciativa Privada, el Ministerio de Transporte mediante comunicación No. 2014-409-0551902 de 7 de noviembre de 2014, complementó el Concepto de Análisis de Riesgos del Proyecto.

3.2.7. Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de conformidad con el artículo 31 del Decreto 1467 de 2012, mediante comunicación con Radicado ANI No. 2014-409-055415-2 de 10 de noviembre de 2014 aprobó la valoración de las obligaciones contingentes presentadas por la **ANI** para el proyecto *"Segunda calzada Ibagué – Cajamarca".*

3.2.8. A su turno, el Departamento Nacional de Planeación, de acuerdo con el artículo 32 del Decreto 1467 de 2012, emitió concepto favorable sobre la justificación presentada para utilizar el mecanismo de Asociación Pública Privada –APP– como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto de la Asociación Público Privada de Iniciativa Privada –APP IP–.

3.2.9. El 10 de noviembre de 2014, el Ministerio de Transporte presentó y sustentó ante el Consejo de Ministros, las conclusiones del Estudio de Factibilidad presentado por la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA,** ante lo cual el mencionado Consejo emitió concepto favorable.

3.2.10. El 10 de noviembre de 2014, el Comité de Contratación de la **ANI,** en sesión ordinaria, recomendó la aprobación en Etapa de Factibilidad de la Propuesta de Iniciativa Privada GICA presentada por la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA** para la ejecución del proyecto de APP de Iniciativa privada *"Segunda Calzada Ibagué – Cajamarca",* tal y como se dejó constancia en el Acta No. 78 de la misma fecha.

3.2.11. La Oficina Asesora de Planeación del Ministerio de Transporte, mediante Comunicación No. 2014-409-055567-2 de 11 de noviembre de 2014, complementó el concepto emitido en el oficio 20141210398341 dentro del cual manifestó a la **ANI**, entre otros aspectos, que:

> *"(…) de acuerdo con el análisis y revisión de la Minuta del contrato, Apéndices y la Matriz de Riesgos del Proyecto Iniciativa Privada denominada "segunda (sic) Calzada Ibagué – Cajamarca" se encuentra que la identificación, distribución y asignación de los riesgos se ajusta a lo establecido en los documentos CONPES 3107 de 2001, 3133 de 2001, 3714 de 2011 y a los lineamientos de Política de Riesgo del programa de cuarta generación de concesiones viales según Documento CONPES 3760 de 2013 y 3800 de 2014".*

3.2.12. En sesión llevada a cabo el 13 de noviembre de 2014, el Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES–, emitió concepto previo favorable sobre la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada –APP IP– presentada por la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA,** para que el contrato pudiera extenderse en un plazo superior al previsto en el artículo 610 de la Ley 1508 de 2012.

3.2.13. Así pues, luego de surtidas todas y cada una de las aprobaciones destacadas en los hechos anteriores, la Vicepresidencia de Estructuración de la **ANI,** mediante Comunicación No. 2014-702-022223-1 de 14 de noviembre de 2014 manifestó al Originador del Proyecto, que:

> *"(…) Una vez evaluada en Etapa de Factibilidad la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos, (…) agotadas las etapas de*

Prefactibilidad y Factibilidad establecidas en la Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios, y efectuada la evaluación de los aspectos Técnicos, Financieros y Jurídicos del proyecto por parte del Consultor Evaluador contratado por la ANI, los cuales fueron verificados por la Vicepresidencia de Estructuración y la Vicepresidencia Jurídica de la Entidad, se considera que la iniciativa presentada cumplió a cabalidad con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012 (…) Por lo anteriormente expuesto (…) la Agencia Nacional de Infraestructura considera que la propuesta en Etapa de Factibilidad del Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos denominado. "Segunda calzada Ibagué – Cajamarca" presentado por la Promesa de Sociedad Futura APP GICA S.S., es VIABLE y acorde con los intereses y políticas públicas (...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, se otorga un plazo de hasta dos (2) meses contados a partir del recibo de la presente comunicación, para que acepten las condiciones aquí planteadas o se propongan alternativas si a ello hubiere lugar".

3.2.14. En atención a lo señalado por la **ANI,** la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA** mediante comunicación No. 2014-409-056596-2 de 14 de noviembre de 2014, manifestó su aceptación clara, expresa e irrevocable de los términos y condiciones de la aprobación de la factibilidad del mencionado proyecto.

3.2.15. Celebrado el acuerdo entre la **ANI** y la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA,** la Entidad procedió a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, sin que luego de transcurrido el término establecido se hubiere presentado interesado alguno en la propuesta.

3.2.16. Mediante Resolución No. 151 de 15 de enero de 2015, la **ANI** adjudicó a la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA** el Contrato de Concesión bajo la modalidad de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada –APP IP– cuyo objeto es del siguiente tenor:

"Realizar los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental de la segunda calzada de la vía Ibagué – Cajamarca; y la operación y mantenimiento del sistema vial Variante Chicoral, Variante Gualanday, Gualanday – Ibagué, Gualanday – Espinal, Variante Picaleña, Ramal Norte y trazado existente Ibagué – Cajamarca".

Hechos relacionados con *"EL CONTRATO DE CONCESIÓN 002 DE 2015 Y SUS OTROSÍES"*

3.2.17. Toda vez que el Proceso de Asociación Público Privada fue adjudicado al Originador del Proyecto mediante Resolución 151 del 15 de enero de 2015, el 28 de enero de 2015, mediante Escritura Pública No. 100 del 28 de enero de 2015 de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, se constituyó la Sociedad **APP GICA S.A.,** la cual fue registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá el 5 de febrero de 2015 en el libro IX, bajo el número 01908806.

3.2.18. El día 12 de febrero de 2015, entre la Sociedad **APP GICA** y la **ANI** se celebró el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015[2].

3.2.19. El 14 de abril de 2015, entre las Partes del Contrato se suscribió el Acta de Inicio del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015.

3.2.20. El 15 de abril de 2016, las Partes suscribieron el Acta de Inicio de la Fase de Construcción del Proyecto.

3.2.21. El 6 de octubre de 2016, las Partes suscribieron el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión, el cual, en resumen, estableció las siguientes modificaciones:

> ***"CLÁUSULA SEGUNDA. PLAZO DE CONSTRUCCIÓN SUBSECTORES 2 Y 3.*** *Para la ejecución de las obras objeto de este otrosí la Concesionaria ajustará el plan de obras vigente no objetado por la interventoría del proyecto mediante la comunicación radicado ANI No. 20164090189062 de 8 de marzo de 2016 sin que se altere el plazo de la etapa de Construcción para el Contrato de Concesión APP No. 002 de 2015, el cual está sujeto a la supervisión de la Interventoría del proyecto y de la Agencia, en los términos contenidos en el Contrato de Concesión. PARÁGRAFO: La construcción de la Doble Calzada – Variante Boquerón, iniciará con las obras de la calzada izquierda la cual hace parte del cronograma de la UF1 y operará en sentido Ibagué Cajamarca. Las obras de la calzada derecha harán parte de la UF2 y se construirá con el cronograma de esta UF. Una vez se termine la construcción de la calzada derecha, esta operará en sentido Ibagué – Cajamarca y la calzada izquierda operará en sentido Cajamarca – Ibagué.*
>
> ***"CLÁUSULA TERCERA. INSTALACIÓN NUEVA CASETA DE PEAJE y PESAJE "COCORA".*** *La instalación de la estación de peaje y pesaje de Cocora en sentido Ibagué – Cajamarca iniciará su operación una vez se suscriba el Acta de Terminación de la*

[2] El Contrato de Concesión No. 002 de 2015 se encuentra integrado por los siguientes documentos ***(i)*** Apéndice Técnico 1; ***(ii)*** Apéndice Técnico 2; ***(iii)*** Apéndice Técnico 3; ***(iv)*** Apéndice Técnico 4; ***(v)*** Apéndice Técnico 5; ***(vi)*** Apéndice Técnico 6; ***(vii)*** Apéndice Técnico 7; ***(viii)*** Apéndice Técnico 8; ***(ix)*** Apéndice Técnico 9; ***(x)*** Apéndice Financiero 1; ***(xi)*** Apéndice Financiero 2; ***(xi)*** Apéndice Financiero 3; ***(xii)*** Contrato Parte General; y, ***(xiii)*** Contrato Parte Especial.

Unidad Funcional 1. La estación de peaje y pesaje en sentido Cajamarca - Ibagué será instalada e iniciará su operación una vez se termine la UF2 y se suscriba el Acta de Terminación de esta UF. Adicionalmente la Concesionaria instalará a su cuenta y riesgo una caseta de control de peaje en la vía existe (sic) dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y que deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos. (…)".

3.2.22. El 2 de enero de 2019, entre las Partes se suscribió el Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión, dentro del cual, en síntesis, se modificó el Apéndice Financiero No. 2 con el propósito de *"(i) instrumentar la financiación del proyecto, permitiendo la cesión del 100% de la Retribución y de la Compensación Especial, cuando ello sea aplicable; (ii) incluir una nueva definición de Cesionario aceptable; (iii) modificar la definición de Suma Máxima de Cesión y (iv) modificar los formatos de solicitud de cesión especial y de certificación de cesión anexos al Apéndice Financiero 2".*

3.2.23. El 23 de agosto de 2019, la **ANI** y la Concesionaria suscribieron el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, el cual modificó lo pactado por las Partes en el Otrosí No. 1 respecto del Plazo de Construcción de los Subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 2 y de otros asuntos relacionados. De igual manera, modificó lo atinente a la instalación de la nueva caseta de Peaje y Pesaje *"Cocora"* y su recaudo, entre otros aspectos contemplados inicialmente en el mencionado Otrosí No. 1.

3.2.24. El 3 de agosto de 2020, entre las Partes se suscribió el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión, por medio del cual, entre otros asuntos, se modificó el Apéndice Técnico 1, el plazo de construcción del Subsector 3 –calzada derecha– de la Unidad Funcional 2, como consecuencia de la sustitución de la obra denominada *"Túnel 3"* que se encuentra descrita en el Apéndice Técnico 1, por las obras que permitan la operación del tráfico sentido Ibagué – Cajamarca en el sector comprendido entre Boquerón y Coello Cocora, permitiendo conectar la calzada derecha con la vía existente.

3.2.25. El día 5 de abril de 2021, fue suscrito el Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión, mediante el cual se pactó modificar lo consagrado en el Otrosí No. 1 respecto de la entrega de la Unidad Funcional 3 al Proyecto de APP GICA *"Segunda Calzada Ibagué – Cajamarca",* toda vez que los tramos que comprenden la identificada Unidad Funcional serían entregados una vez revierta el Contrato de Concesión No. 007 de 2007. La reversión y la entrega ocurrieron el día 12 de marzo de 2022.

3.2.26. El 23 de julio de 2021, las Partes suscribieron el Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión, acordando adicionar y modificar el Proceso de Verificación de las Unidades Funcionales respecto de la Gestión Predial que adelanta la Concesionaria y la consecuente aplicación de deducciones y retenciones al

constatar que en materia de Gestión Predial no se estaban cumpliendo algunos indicadores.

Hechos relacionados con *"EL MODELO FINANCIERO"*

3.2.27. El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 establece que el adelantamiento de la estructuración de proyectos de infraestructura por parte de agentes privados que se encuentren en etapa de factibilidad debe comprenderse, entre otros insumos, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor y concrete los elementos esenciales de la estructura económica del proyecto.

3.2.28. La **ANI,** al expedir la Resolución No. 880 de 19 de diciembre de 2012 que dio viabilidad a la Iniciativa Privada presentada por **APP GICA,** le solicitó a esta última que dentro del término otorgado para presentar la información requerida para la Etapa de Factibilidad aportase el Modelo Financiero detallado y formulado que fundamentara el valor y los elementos esenciales de la estructura económica del Proyecto en estudio.

3.2.29. De acuerdo con lo previsto en el Decreto 1467 de 2012, vigente al momento de la aprobación de las Etapas de Prefactibilidad y Factibilidad del Proyecto *"Segunda Calzada Ibagué – Cajamarca",* el Modelo Financiero que debía aportar el Originador para la viabilidad del Proyecto tenía que contar con los ítems señalados en el artículo 23.

3.2.30. De acuerdo con lo anterior, la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA** allegó en debida forma el Modelo Financiero exigido en la Etapa de Factibilidad de la Iniciativa Privada, pues la **ANI** mediante Comunicación con Radicación Salida No. 2014-702-022223-1 de 14 de noviembre de 2014, manifestó lo siguiente:

> *"(…) Por lo anteriormente expuesto y en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios y en ejercicio de las facultades legales, en especial las contenidas en el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, la Agencia Nacional de Infraestructura considera que la propuesta en Etapa de Factibilidad del Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos denominado: (…)*
>
> *"De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, el Originador llevó a cabo la debida diligencia financiera entregando lo siguiente:*
>
> *"• Evaluación costo beneficio del proyecto con el respectivo análisis del impacto social, económico y ambiental del proyecto sobre la población directamente afectada y la evaluación de los beneficios socio-económicos.*

"• Modelo Financiero, en hoja de cálculo debidamente detallado y formulado, el cual contiene entre otros: Estimación de inversión y de costos de operación y mantenimiento y sus proyecciones, donde se puede evidenciar el rubro de administración, imprevistos y utilidad, Estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones, Supuestos financieros y estructura de financiamiento, Estados Financieros, Valoración del Proyecto, Manual de Operación del Usuario del Modelo Financiero, Diseño definitivo de la estructura de la transacción propuesta, donde se identifican los actores financieros, operativos y administrativos involucrados. (…)".

3.2.31. Indicó la Convocante que del Modelo Financiero se contempló como la más importante y "única" fuente de retribución del Concesionario el recaudo de peajes una vez se cumplieran las condiciones establecidas en la Parte Especial del Contrato de Concesión, para lo cual se debía tener en consideración lo dispuesto en la Resolución No. 0000175 de 2015 del Ministerio de Transporte sobre las tarifas de peaje.

3.2.32. El Modelo Financiero elaborado por la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA,** evaluado y aprobado por parte de la **ANI** en Etapa de Factibilidad de la Iniciativa Privada, es el mismo insumo y/o guía con el que se ejecutan y atienden las obligaciones financieras contempladas en el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015.

Hechos relacionados con la *"ESTRUCTURA TARIFARIA. INCREMENTOS. AJUSTES. UBICACIÓN DE CASETAS"*

3.2.33. La Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015 establece que el Proyecto contará con tres (3) estaciones de Peaje, dos (2) existentes y una (1) nueva, así:

"3.7. Estaciones de Peaje

"El proyecto contará con tres (3) Estaciones de Peaje, dos (2) existentes y una (1) nueva, las cuales serán entregadas o instaladas según se describe a continuación:

"a. Las Estaciones de Peaje del Sistema Vial Existente Girardot-Ibagué - Cajamarca serán entregadas por la ANI al Concesionario como parte de la infraestructura, una vez la ocurra la reversión efectiva del contrato de concesión No 007 de 2007. La fecha estimada de entrega de las Estaciones de Peaje es como sigue:

Caseta de Peaje	**Fecha de Entrega Estimada**
Gualanday	1 de febrero de 2025
Chicoral	1 de febrero de 2025

"b. La nueva Estación de Peaje de Cocora será instalada por la Concesionaria de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Apéndice Técnico 1.

"El recaudo de la Estación de Peaje de Cocora, comenzará a efectuarse al día siguiente a la fecha de la firma del Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1."

3.2.34. Respecto de la Estructura Tarifaria del Proyecto, el Ministerio de Transporte el 6 de febrero de 2015 expidió la Resolución No. 0000175, cuyo objeto es el siguiente:

"Por la cual se emita Concepto vinculante previo al establecimiento de una estación de peaje denominada "Peaje Cocora", se establecen las tarifas a cobrar en la anterior estación y se adoptan otras disposiciones, en relación con las estaciones de peaje denominadas "Gualanday" y "Chicoral" existentes en el trayecto Girardot – Ibagué pertenecientes al Proyecto vial Girardot – Ibagué – Cajamarca".

3.2.35. La citada Resolución No. 0000175 definió en su artículo 1º el establecimiento de la Estación de Peaje denominada Cocora, que operará en sentido bidireccional y deberá ser ubicada en los Tramos del Proyecto Vial indicados en el artículo 1º.

3.2.36. Así mismo, el artículo 2º de la Resolución No. 0000175 señaló el valor de las tarifas a cobrar en la Estación de Peaje Cocora, según las categorías vehiculares.

3.2.37. Por su parte, el Artículo 3º de la Resolución 0000175 fijó el valor de las tarifas que la Concesionaria podrá cobrarle a todos los usuarios de las vías en las Estaciones de Peaje denominadas Cocora, Gualanday y Chicoral.

De igual manera, el parágrafo primero del citado artículo 3º dispuso que la entrega de la infraestructura de las estaciones de peaje de Gualanday y Chicoral se realizará *"una vez revertida la infraestructura vial existente Girardot – Ibagué – Cajamarca del contrato de concesión No. 007 de 2007".*

3.2.38. De otro lado, respecto de la actualización de las tarifas de peaje del Proyecto, el Artículo 4º señaló que estas serán actualizadas de acuerdo con el incremento del IPC, aplicando la fórmula establecida para ello, a saber:

$$Tarifa_n = Tarifa_{n-1} * (\frac{IPC_n}{IPC_{n-1}})$$

3.2.39. Lo anteriormente señalado en relación con la Estructura Tarifaria del Proyecto fue pactado de igual manera en la Parte Especial del Contrato de Concesión en su Sección 3.4.

3.2.40. Con ocasión de la suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión, las Partes reforzaron la Estructura Tarifaria del Proyecto al incluir la instalación de una caseta de control adicional a la nueva Estación de Peaje Cocora, con el propósito de garantizar el recaudo y evitar la elusión de peaje en la vía existente del Proyecto.

3.2.41. En cuanto a la instalación de la caseta de control del peaje adicional, las Partes, mediante el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, decidieron modificar algunas de las disposiciones consagradas en el definido Otrosí No. 1.

3.2.42. Por último, señaló la Convocante que la Cláusula Séptima del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión modificó la Sección 3.7 de la Parte Especial en cuanto refiere a las fechas de entrega de las Estaciones de Peaje de Gualanday y Chicoral, fijándolas para el día 1º de enero del año 2022.

No obstante, en la realidad tal entrega se concretó el día 12 de marzo del 2023.

Hechos relacionados con la *"DISTRIBUCIÓN DE INGRESOS POR PEAJE ASIGNADOS A CADA UNIDAD FUNCIONAL DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO"*

3.2.43. A términos de la Sección 2.4 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión, el Proyecto se encuentra dividido en tres (3) Unidades Funcionales, así: ***(i)*** Combeima – Valle del Cocora; ***(ii)*** Valle del Cocora – Paso Urbano Cajamarca; y, ***(iii)*** Sistema Vial Existente Girardot – Ibagué – Cajamarca, de acuerdo con el origen (nombre, abscisa, coordenadas), destino (nombre, abscisa, coordenadas), longitud aproximada origen destino, intervención prevista y las observaciones allí contempladas.

3.2.44. La localización general de cada Unidad Funcional se encuentra descrita en la letra b) de la Sección 2.4 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión.

3.2.45. Teniendo en cuenta lo anterior, destacó que el Capítulo IV *"ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO"* de la Parte Especial del Contrato de Concesión, en su Sección 4.1, establece el porcentaje de participación de cada una de las Unidades Funcionales en cuanto al cálculo de la retribución se refiere.

3.2.46. Con ocasión de la suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión, la Sección 4.1 de la Parte Especial, atinente al porcentaje de participación de las Unidades Funcionales en la Retribución de la Concesionaria se modificó, como se ve en la Cláusula Octava de dicho Otrosí.

3.2.47. El 5 de abril de 2021, las Partes suscribieron el Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión, mediante el cual, entre otros, fue modificada la Sección 4.1 de la Parte Especial, relativa al porcentaje de participación de las Unidades Funcionales en la Retribución de la Concesionaria; así quedó en la Cláusula Tercera.

Hechos relativos a las *"CAUSACIONES DEL DERECHO AL RECAUDO Y EMBOLSO DE LAS ESTACIONES DE PEAJE COCORA, GUALANDAY Y CHICORAL"*

3.2.48. Señaló la Convocante, que sobre el derecho al recaudo de los recursos y/o a la Retribución de la Concesionaria, debe tenerse presente lo contemplado en el artículo 5° de la Ley 1508 de 2012.

3.2.49. Así las cosas, el capítulo III *"ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO"* de la Parte General del Contrato de Concesión, en su Sección 3.1 letra (a), regula lo relacionado con el Derecho a la Retribución de la Concesionaria.

3.2.50. Así mismo, en la letra (b) de la Sección 3.1 de la Parte General del Contrato de Concesión se establecieron las fuentes de donde la Concesionaria obtendrá el pago de la Retribución.

3.2.51. Por ello, añadió que en la letra (c) de la Sección 3.1 se señala que la Retribución correspondiente a cada Unidad Funcional se calculará de conformidad con la metodología y/o la fórmula definida en la letra (a) de la Sección 4.3, *"Cálculo de la Retribución"*, de la Parte Especial del Contrato de Concesión.

3.2.52. De manera que, el cálculo de la Retribución de la Concesionaria será realizado entre ésta y la Interventoría del Proyecto, de lo cual llevarán unas bases de cálculo que se harán constar en las correspondientes Actas de Cálculo de la Retribución, conforme lo establecen las letras (d), (e) y (f) de la Sección 3.1 de la Parte General del Contrato de Concesión.

3.2.53. De modo que, el procedimiento establecido para el pago de la Retribución de la Concesionaria es el descrito en la letra (g) de la Sección 3.1 de la Parte General del Contrato de Concesión.

3.2.54. Así, las letras (h) e (i) de la Sección 3.1 de la Parte General del Contrato de Concesión señalan, respectivamente, que la Retribución total de la Concesionaria será la suma de la Retribución correspondiente a cada una de las Unidades Funcionales que componen el Proyecto y que la

Concesionaria declara que conoce y acepta que la Retribución dependerá del Índice de Cumplimiento, el cual se deriva de la ponderación de los Indicadores.

3.2.55. De otro lado, respecto del momento en el cual la Concesionaria obtendrá el derecho del pago de la Retribución, la Resolución del Ministerio de Transporte No. 0000175 de 6 de febrero de 2015, en consonancia con lo estipulado en la letra (a) de la Sección 3.1 de la Parte General del Contrato de Concesión, estableció que *"El derecho a percibir la retribución por recaudo de peajes, sólo procederá una vez se cumplan los presupuestos establecidos en el Contrato de Concesión que se suscribirá como consecuencia del trámite que surtió la iniciativa privada presentada por el originador Promesa de Sociedad Futura APP GICA S.A., de conformidad con la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios"*, esto es, a partir de la suscripción de la respectiva Acta de Terminación de Unidad Funcional.

3.2.56. La Convocante destacó que si bien en la Parte Especial del Contrato de Concesión y en los Otrosíes No. 1 y 3, se acordó instalar la nueva Caseta de Peaje "Cocora" (operante en el sentido Ibagué – Cajamarca) y una caseta de control de Peaje (obrante en el doble sentido de Ibagué – Cajamarca y de Cajamarca – Ibagué), los recaudos por el tránsito en el sentido Cajamarca – Ibagué durante el período comprendido entre el 1° de enero de 2022 y 14 de abril de 2024, no harían parte de la Retribución de la Concesionaria y pertenecerían a la **ANI.**

Hechos relativos a *"LA CASETA DE CONTROL RATIFICADA Y REGULADA EN EL OTROSÍ No. 3 AL CONTRATO DE CONCESIÓN. OBJETIVOS PERSEGUIDOS CON SU ESTABLECIMIENTO"*

3.2.57. Como se dijo precedentemente, la Convocante manifestó que las Partes a través del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión acordaron modificar, entre otros asuntos, el Alcance de las obras correspondientes a los Subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 1, la Sección 3.7 de la Parte Especial – Estaciones de Peaje y, además, pactaron instalar una nueva de Caseta de Peaje y Pesaje "Cocora" y, adicionalmente, acordaron que la Concesionaria, a su cuenta y riesgo, instalará una caseta de control de peaje.

3.2.58. En el mismo sentido, reiteró que las Partes, el 23 de agosto de 2019, suscribieron el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, mediante el cual modificaron, en general, todo lo consagrado en el Otrosí No. 1.

3.2.59. Respecto de la finalidad y/u objetivo de la instalación de la caseta de control de peaje, las Partes dentro de las consideraciones del mencionado Otrosí No. 3 transcribieron las expresas manifestaciones de la Interventoría del Proyecto CONSULTÉCNICOS S.A., frente al tema financiero. Esta última, mediante Comunicado Radicado ANI No. 2019 4090 76882 del 11 de julio

de 2019, complementó el concepto emitido mediante la comunicación No. 2019-409-0655052 del 26 de junio de 2019.

3.2.60. Como puede verse en el concepto emitido por la Interventoría, que hace parte del texto de las consideraciones del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, el principal objetivo perseguido por las Partes al decidir la instalación de una caseta de control de peaje, consistió en determinar y prever las posibles consecuencias desfavorables de la difícil y/o imposible instalación de la Caseta de Peaje "Cocora", por las manifestaciones de las comunidades a las que aquejaría dicha decisión.

3.2.61. Finalmente, las estipulaciones adoptadas mediante las Cláusula Tercera y Cuarta del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión se da cuenta de la relación de la instalación de la nueva Caseta de Peaje y Pesaje "Cocora", y la instalación de la caseta de control de peaje en la vía existente y la destinación del recaudo de peaje de éstas.

Hecho relativos a las *"DECLARACIONES PÚBLICAS DE LA ANI"*

3.2.62. La sección 13.3 de la Parte General del Contrato de Concesión relaciona los riesgos que están en cabeza de la **ANI,** dentro de los cuales se encuentra el descrito en la letra (g), así:

> *"Los efectos desfavorables derivados de que, por razones no imputables al Concesionario, se haga imposible la instalación de las Estaciones de Peaje nuevas indicadas en el Apéndice Técnico 1, o en general, se haga imposible el recaudo en las Estaciones de Peaje. Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General".*

3.2.63. Así, la Convocante destacó que las Partes con la suscripción de los Otrosíes Nos. 1 y 3 al Contrato de Concesión, pactaron la instalación de una nueva Caseta de Peaje "Cocora" y la inclusión de una caseta de control de peaje en la vía existente del Proyecto.

3.2.64. De igual forma, la Interventoría del Proyecto, al emitir su concepto sobre la viabilidad de la suscripción del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, señaló que *"(…) La financiación del proyecto se obtiene a partir de una estructura de ingresos que tiene su origen principal y sustancial en el cobro de peajes por el uso de la Infraestructura. (…) De ahí que al momento de presentarse una situación que altera la estructura que origina los recursos, el contrato se encuentre en riesgo. (…) Por lo tanto, al no contar con la disponibilidad de los recursos se afecta la ecuación económica del contrato".*

3.2.65. La **ANI,** por manifestaciones escritas y habladas ante los medios de comunicación y la comunidad misma, puso en riesgo el efectivo recaudo del cobro de las tarifas de peaje de la nueva Caseta de Peaje "Cócora" y de la caseta de control de peaje contempladas en el Otrosí No. 3 del Contrato de Concesión, lo que, en efecto, ha generado y genera una elusión del pago del peaje por parte de los usuarios de la vía, alterando de manera indefectible la ecuación económica del Contrato.

3.2.66. La Concesionaria instaló la Estación de Peaje "Cocora" para que opere como recaudadora de las tarifas de peaje de los usuarios que transiten por sobre la Unidad Funcional 1 Ibagué – Cajamarca.

3.2.67. Por lo anterior, la Concesionaria, a cuenta y riesgo propio, debía construir y poner en operación la caseta de control de peaje dirigida a recaudar las tarifas de peaje de los usuarios que transiten por el antes denominado Tramo 5 del Proyecto GIC en el sentido Cajamarca – Ibagué y aquellos que utilicen el mismo señalado e identificado segmento vial en el sentido Ibagué – Cajamarca.

3.2.68. Previo a la construcción de la caseta de control de peaje, la Concesionaria mediante comunicación No. APP-GICA-BG-2021-1394 de fecha 3 de noviembre de 2021 le indicó a la **ANI** que procedería a ello.

3.2.69. La **ANI,** mediante comunicación No. 20213050347391 de fecha 5 de noviembre de 2021, atendió el oficio radicado por la Concesionaria **y** señaló, en resumen, que no comparte la posición de instalar y poner en funcionamiento la caseta de control de peaje, por considerar que:

> *"(…) no se ha cumplido la condición concomitante a la que se hace referencia en los documentos de soporte del Otrosí No 3 (Comunicación con radicado ANI 20194090641072 del 21 de junio de 2019) de terminación de las obras de la calzada derecha de los tramos 2 y 3, condición que de acuerdo al Plan de obras actual se debe cumplir el 9 de marzo de 2022; así mismo existe la otra restricción de recibo del corredor existente (UF3), la cual, se tiene proyectada para el 24 de marzo de 2022, fecha en la cual el Contrato de Concesión No 002 de 2015 recibirá el corredor que actualmente opera el Contrato de Concesión No 007 de 2007 que, entre otras cosas, hace parte el tramo en el cual se debe instalar la caseta de control".*

3.2.70. Así, una vez cumplidas dichas exigencias, **APP GICA** mediante comunicación No. APP-GICA-BG-2022-0421 de 11 de abril de 2022, informó al Ministerio de Transporte y a la **ANI** que pondría en funcionamiento la denominada Caseta de Control de Peaje "Cocora" y, adicionalmente, mediante comunicación APP-GICA-BG-2022-0700 del 23 de mayo de 2022, **APP GICA** informó que iniciaría la construcción de la caseta de control de peaje y procedería al cobro de las tarifas establecidas

por virtud de que la socialización respecto de su construcción, operación y cobro de tarifas ya había sido objeto de tal socialización**.**

3.2.71. Toda vez que al momento de darse inicio al presente proceso arbitral no se había recibido respuesta por parte del Ministerio de Transporte y de la **ANI,** se instruyó a la Concesionaria abstenerse de poner en operación la caseta de control de peaje y, por ende, de recaudar las tarifas de peaje para los usuarios que transitasen por el tantas veces citado Tramo 5 en los sentidos Ibagué – Cajamarca y Cajamarca – Ibagué.

Hechos relativos a la *"SOLICITUD DE ACTIVAR EL MECANISMO ESTABLECIDO EN LA SECCIÓN 3.4 LITERAL (i) (ii) (2). LA RESPUESTA DE LA ANI"*

3.2.72. Señala la letra (i) de la Sección 3.4 de la Parte General del Contrato de Concesión, las reglas aplicables si el Ministerio de Transporte o la Entidad que resulte competente en ejercicio de sus funciones, con sus actos y/u omisiones decide de cualquier forma afectar la Estructura Tarifaria establecida para el Proyecto.

3.2.73. Afirmó la Convocante que, lo actuado de consuno por el Ministerio de Transporte y la **ANI** viene generando y generará un menor ingreso para la Concesionaria, proveniente de su única fuente de retribución, vale decir, el recaudo de las tarifas de peaje que a voces de lo dispuesto en la Sección 3.4(i) de la Parte General del Contrato de Concesión, deberá ser compensado mediante la aplicación de los mecanismos a los que se hace referencia en la letra (i) de la Sección 3.4 de la Parte General del Contrato.

3.2.74. Así, teniendo en cuenta que las actuaciones del Ministerio de Transporte y de la **ANI** han producido una elusión en el pago de las tarifas de peaje en la Estación de Cocora por parte de los usuarios del Sistema Vial GICA, la Concesionaria, mediante comunicación No. APP-GICA-BG-2022-0422 de 11 de abril de 2022, le solicitó a la **ANI** ordenarle a la Interventoría del Proyecto proceder, en conjunto con el Supervisor del Contrato y **APP GICA,** establecer la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido por haberse aplicado la estructura tarifaria prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje y se deje constancia de ello en un Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo.

3.2.75. Habida cuenta de que el mecanismo consagrado en el numeral (1) de la letra (i) de la Sección 3.4 de la Parte General del Contrato de Concesión, afirmó la Convocante, resulta de imposible aplicación por su inexistencia, será necesario acudir a los restantes medios de compensación normados en esta específica Sección del Contrato de Concesión.

3.2.76. De conformidad con lo anterior, **APP GICA,** mediante comunicación No. APP-GICA-BG-2022-0424 de fecha 12 de abril de 2022, le solicitó al Ministerio de Transporte y a la **ANI** informar si el mecanismo contemplado

en el numeral (2) consistente en *"incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas"*.

Hechos relativos a la *"INEXISTENCIA DE EXCEDENTES ANI SEGÚN OTROSÍ No. 3 AL CONTRATO DE CONCESIÓN 002 DE 2015". "CAJA RETENIDA"*

3.2.77. El 21 de junio de 2019, la Concesionaria radicó ante la **ANI** la comunicación No. APP-GICA-BG-2019-0825, por medio de la cual presentó los *"(...) Ajustes a la propuesta para llevar a cabo el adelantamiento de la inversión de la calzada derecha de los subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 2 (...) Fijando como fecha máxima de inicio de construcción de las obras el 15 de abril de 2020 y su finalización a más tardar el 31 de diciembre de 2021 (...)"* y lo relacionado con el recaudo de las tarifas de peaje en la nueva Estación "Cocora".

3.2.78. El 23 de agosto de 2019, las Partes suscribieron el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, dentro del cual se pactó, entre otros asuntos, la instalación de la nueva Caseta de Peaje y Peaje "Cócora" y la instalación de una caseta de control de peaje en la vía existente. Puntualmente, en las consideraciones del mencionado Otrosí No. 3, se estableció lo relativo a la destinación del recaudo de peaje "Cocora", lo cual fue recogido en la Cláusula Cuarta del mismo.

3.2.79. En consecuencia, los recaudos de las tarifas de peaje pagados por los usuarios de la vía en el sentido Cajamarca – Ibagué, pertenecientes a la **ANI,** tendrán como único destino contractual el pago de las obras adicionales que se lleguen a contratar según las previsiones contenidas y pactadas en el acta de entendimiento de fecha 10 de octubre de 2016 con absoluta independencia de que se haya dispuesto que dichos recursos se alberguen en la Subcuenta de Excedentes ANI. De la misma manera, tales dineros no harán parte del VPIP ni de la retribución de la Concesionaria.

Hechos relativos al *"ACTA DE ENTENDIMIENTO SUSCRITA POR LAS PARTES. FINALIDAD PERSEGUIDA"*

3.2.80. El 18 de agosto de 2016, en las oficinas de la **ANI** se reunieron las Partes del Contrato de Concesión con la finalidad de explorar la posibilidad de incluir dentro del Proyecto *"Segunda Calzada Ibagué – Cajamarca"* actividades de Mejoramiento para el Tramo 5 del corredor vial *"Girardot – Ibagué – Cajamarca"*, que sería entregado a **APP GICA** por parte de la Concesionaria **San Rafael S.A.** y que integraría la Unidad Funcional 3 del Proyecto.

3.2.81. El alcance general de las actividades que la Concesionaria **San Rafael S.A.** realizó en el mencionado Tramo 5, según lo dispuesto en el Apéndice A del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, comprendían originalmente el Mantenimiento y la Operación de la calzada existente.

3.2.82. El 22 de agosto de 2008, mediante el Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria **San Rafael S.A.** y el entonces **INCO** pactaron adelantar la rehabilitación del Tramo 5 del Proyecto de Concesión.

3.2.83. En las reuniones sostenidas entre la **ANI** y la Concesionaria, el día 10 de octubre de 2016, se suscribió el Acta de Entendimiento por medio de la cual las Partes se comprometieron a:

> *"(…) estudiar con el acompañamiento técnico y financiero correspondiente, la viabilidad de suscribir un documento dentro del marco legal vigente aplicable, en la oportunidad que la ley lo permita, con el fin de analizar con la totalidad de los insumos previos, la posibilidad de incluir dentro del alcance del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, las actividades de mejoramiento del Tramo vial existente entre Coello Cocora y el Municipio de Cajamarca".*

3.2.84. Las Partes acordaron, además, que la Concesionaria, a su cuenta y riesgo, presentaría a la **ANI** una propuesta que contemplaría los aspectos técnicos y financieros de la eventual adición al Contrato de Concesión.

3.2.85. Respecto de la fuente de pago de la retribución resultante en favor de la Concesionaria por la eventual modificación del Contrato de Concesión, las Partes, en el Acta de Entendimiento, pactaron que *"la fuente de reconocimiento frente a los hechos de la eventual modificación contractual será la ampliación del plazo del contrato en proporción al tiempo necesario para costear el valor de las posibles obras y/o actividades correspondientes".*

3.2.86. Posteriormente, dicha fuente de recursos se amplió en el sentido de añadirle aquellos que se preservasen en "Caja Retenida", provenientes de los recaudos de peaje de manos de los usuarios transeúntes por el Tramo 5 (antigua denominación) que circulasen en el sentido Cajamarca – Ibagué; como resultará probado, según el decir de la Convocante.

3.2.87. Con el propósito de iniciar las actividades acordadas, mediante el Acta de Entendimiento las Partes pactaron llevar a cabo mesas de trabajo conjuntas desde el 15 de enero de 2017.

Hechos atinentes a *"LA ELUSIÓN DEL PEAJE DE COCORA. LA DISMINUCIÓN EN LOS RECAUDOS DE PEAJE. SU PROMOCIÓN POR PARTE DE LA ANI. DESCRIPCIÓN DE LA RUTA DE ELUSIÓN. CUANTIFICACIÓN (OCURRIDA Y FUTURA)"*

3.2.88. Adujo la Convocante que la **ANI** ha hecho distintas y amplias manifestaciones en medios de comunicación en las que con contundencia

se ha afirmado y promovido la no necesidad de que los usuarios de la vía paguen la tarifa de peaje de la nueva Estación "Cocora" por tener la alternativa o la posibilidad de que transcurran por la vía antigua (Tramo 5 de GIC), sin que haya necesidad de pagar tarifa alguna.

3.2.89. Teniendo en cuenta lo anterior, desde el mes de octubre de 2021 y hasta el mes de mayo de 2022, han sido adelantadas mediciones, conteos y cálculos relacionados con la Elusión del pago de las tarifas de Peaje de la Estación "Cocora", con el propósito de establecer con certeza y sustento la elusión presentada y promovida por parte de la **ANI**.

3.2.90. Por ello, la Convocante en su demanda revela el porcentaje representativo de la elusión y el valor del recaudo percibido y dejado de percibir (elusión) por la **APP GICA** en la Estación de Peaje Cocora. Así mismo, mediante un esquema, refleja: ***(i)*** el trazado por donde, desde el mes de octubre de 2021, se está generando la elusión en la Estación de Peaje "Cocora" por sobre la vía existente; y, ***(ii)*** el trazado construido por parte **APP GICA.**

3.2.91. La Concesionaria, mediante comunicación No. APP-GICA-BG-2022-0433 del 12 de abril de 2022, le solicitó al Ministerio de Transporte y a la **ANI** informarle si la vía antigua (Tramo 5 GIC - Ruta 4003) que conecta a Ibagué con Cajamarca seguiría teniendo la condición de bidireccional, aún después de que se haya culminado la construcción de la Unidad Funcional 2 del Proyecto GICA y, además, pidió que se ponga al servicio de sus potenciales usuarios; y si, de así ocurrir, se construirán y operarán las Casetas de Control de Peaje necesarias para impedir la elusión en el pago de las tarifas de peaje en la Estación de Cocora.

Hechos relativos al *"MINISTERIO DE TRANSPORTE Y LA ANI – AUTORIDADES COMPETENTES"*

3.2.92. La letra (i) de la Sección 3.4 *"Peajes, Derecho de Recaudo e Ingresos por Explotación Comercial"* de la Parte General del Contrato de Concesión, establece que si el Ministerio de Transporte o la Entidad que resulte competente en ejercicio de sus funciones, con sus actos y/u omisiones, afecta la Estructura Tarifaria establecida para el Proyecto, se generarán las consecuencias que dicho numeral contempla.

3.2.93. De igual manera, la **ANI** y la Concesionaria, el 23 de agosto de 2019, suscribieron el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión dentro del cual se acordó la instalación de una nueva Caseta de Peaje y Pesaje "Cócora" y la instalación de una caseta de control de peaje en la vía existente.

3.2.94. La **ANI,** en ejercicio de sus funciones de Entidad Contratante, en distintos escenarios ha manifestado a la opinión pública –usuarios de la vía– cómo pueden y deben actuar para no cancelar la tarifa de peaje de la Estación "Cocora" (Hechos 66 y 69 de la Demanda), bajo la premisa de que haciendo uso del corredor vial existente (vía vieja) no tendrán que pagar la tarifa de

peaje instituida, lo que representa un llamado a la elusión del pago del peaje y un desconocimiento de lo contractualmente pactado mediante el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, en cuanto a la instalación de la caseta de control del peaje se refiere.

3.2.95. Aunado a lo anterior, el Ministerio de Transporte y la **ANI,** en ejercicio de sus funciones, contemplan la opción de modificar la Estructura Tarifaria del Proyecto al comprometerse con distintas Entidades Territoriales y Sociales en el estudio, concertación y aplicación de tarifas diferenciales a recaudar en la estación de peaje "Cocora" a favor de los habitantes de Cajamarca y municipios afectos al Proyecto; lo anterior, según fue expuesto por la **ANI** en comunicación con Radicado No. 20216030346431 del 4 de noviembre de 2021.

3.2.96. Por ello, afirmó la Convocante, el Ministerio de Transporte y la **ANI,** con su actuar, han atraído la aplicación de la causal descrita en la letra (i) de la Sección 3.4 *"Peajes, Derecho de Recaudo e Ingresos por Explotación Comercial",* en tanto que la Estructura Tarifaria del Proyecto se ha visto afectada por la promovida elusión en el pago de las tarifas de peaje en la Estación de "Cocora" y por los compromisos asumidos ante las Entidades Territoriales y de carácter social respecto de la aplicación de Tarifas diferenciales en la mencionada Estación de Peaje.

Hechos relativos a *"LA EXPRESA RETICENCIA DE LA ANI A LA CASETA DE CONTROL DE PEAJE PACTADA EN EL OTROSÍ No. 3"*

3.2.97. La Concesionaria, mediante comunicación No. APP-GICA-BG-2022-0421 de fecha 11 de abril de 2022, le informó al Ministerio de Transporte y a la **ANI** que, en seguimiento de la ejecución de las labores constructivas adelantadas en la Calzada Derecha de la Unidad Funcional 1 (Subsectores 2 y 3), se estima que las mismas culminen el día 18 de junio de 2022 e inmediatamente se pongan al servicio de los usuarios de la vía, para que de manera concomitante con su entrega y puesta en funcionamiento inicie a operar el cobro del Peaje en la Estación de Peaje Cocora, sentido Cajamarca – Ibagué, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Tercera del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión.

Hechos atinentes a *"LA SOLICITUD DE LA COMUNIDAD DE APLICACIÓN DE TARIFAS DIFERENCIALES. LO PROMETIDO POR LA ANI SOBRE LA SOLICITUD DE TARIFAS DIFERENCIALES. SOLICITUD DE LA ANI A APP GICA S.A. AL RESPECTO. LO MANIFESTADO POR EL ORIGINADOR DEL PROYECTO EN LAS SOCIALIZACIONES DE LA INICITIVA PRIVADA"*

3.2.98. La **ANI,** mediante comunicación No. 20203050391881 de 18 de diciembre de 2020, remitió a la Concesionaria la comunicación por medio de la cual *"(…) la Asamblea Departamental del Tolima solicita tener en cuenta la implementación de tarifas diferenciales para los residentes y empresas que*

transitan de forma frecuente por la zona y que harán uso del denominado Peaje Cocora".

3.2.99. Posteriormente, la **ANI** mediante comunicación No. 20213050033221 de 8 de febrero de 2021, remitió a la Concesionaria la nota por medio de la cual la Alcaldía Municipal Cajamarca solicitó realizar mesas de concertación con la comunidad de Cajamarca respecto de la aplicación de tarifas de peajes diferenciales y, como consecuencia de ello, solicita realizar el correspondiente análisis que se deba tener en cuenta para la viabilidad.

3.2.100. La **ANI,** por medio de comunicación No. 20213050040131 de 12 de febrero de 2021, respondió la solicitud de la Alcaldía de Cajamarca, en la que señaló:

> *"Ahora bien, al revisar la génesis de este proyecto se evidencia que ni en su estructuración ni en el contrato de concesión suscrito, se contempló la posibilidad de expedir tarifas diferenciales para los habitantes de Cajamarca, no obstante y conforme al contexto socioeconómico, se está adelantando la revisión y análisis de una alternativa de beneficio para los habitantes del municipio de Cajamarca y de las comunidades que se encuentran dentro de la zona de influencia del peaje que se instalará a la altura del corregimiento Coello – Cocora, peaje que pertenece al proyecto IP GICA y que contempla la construcción de una segunda calzada entre los municipios de Ibagué y Cajamarca".*

3.2.101. El 12 de marzo de 2021, la **ANI** envió a la Concesionaria comunicación No. 20213050072211 mediante la cual le reiteró la solicitud elevada respecto de las tarifas diferenciales.

3.2.102. Por otra parte, en cuanto a la aplicación de tarifas diferenciales en la Estación de Peaje "Cocora", la **ANI** ante medios de comunicación ha manifestado que:

> *"(…) los habitantes de Cajamarca sin perjuicio que realmente la tarifa diferencial que se va tener es una tarifa cero y se podrá tomar simplemente recorriendo la vía vieja que está en muy buen estado y es la vía que se ha usado en las últimas décadas para la movilidad.*
>
> *"Estamos justamente en ese proceso de trabajar, afinar detalles y demás, pero solamente será pagado por los usuarios que tomen la vía nueva en el sentido Ibagué Cajamarca, quien quiera de Ibagué a Cajamarca tomar la vía vieja lo podrá hacer y no tendrá que pagar el peaje".*

3.2.103. El 22 de octubre de 2021, la Concesionaria remitió a la **ANI** la comunicación No. APP-GICA-BG-2021-1324, mediante la cual manifestó haber sido informada sobre los acuerdos a los que la **ANI** habría llegado con las autoridades del municipio de Cajamarca, Tolima, para iniciar las labores relacionadas con el levantamiento de un censo poblacional relacionado con la identificación de usuarios para el acceso a tarifas diferenciales en la Estación de Peaje "Cocora".

3.2.104. A continuación, la **ANI** mediante comunicación No. 20216030346431 de fecha 4 de noviembre de 2021 atendió el oficio de la Concesionaria.

3.2.105. Por su parte, la Concesionaria, mediante comunicación No. APP-GICA-BG2021-1515 de fecha 1 de diciembre de 2021, dio respuesta a la solicitud elevada por la **ANI**.

3.2.106. Así, resaltó la Convocante, la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA,** en seguimiento de las actividades y obligaciones propias de la Etapa de Factibilidad adelantada para la aprobación de la Iniciativa Privada, debió adelantar en los Municipios afectos al Proyecto la socialización general de éste, en las que se trató, entre otros asuntos, la Estructura Tarifaria diseñada para el Proyecto.

3.2.107. En las reuniones de socialización llevadas a cabo en los municipios de Ibagué, Espinal, Flandes y Cajamarca, el Originador manifestó con claridad que en ningún caso existirían tarifas diferenciales para el pago de los peajes, tal y como ha sido mencionado por la **ANI** y la Concesionaria.

Hechos relacionados con *"EL ACUERDO SOBRE LA INSTALACIÓN DE NUEVOS PEAJES Y APLICACIÓN DE TARIFAS DIFERENCIALES, CELEBRADO POR EL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y EL COMITÉ DEL PARO NACIONAL"*

3.2.108. El 28 de abril de 2021, se dio inicio en el País al denominado "Paro Nacional", en el que, entre otros, participó de manera activa el gremio transportador de carga.

3.2.109. Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio de Transporte sostuvo mesas de trabajo con el Gremio Transportador de Carga, lo que llevó a que el día 24 de mayo de 2021 se suscribiera entre ambos el documento denominado *"ACUERDO ENTRE EL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y GREMIOS DE TRANSPORTE DE CARGA".*

3.2.110. Dentro de los Acuerdos suscritos entre el Ministerio de Transporte y el Gremio Transportador se destacada, entre ellos, que el Ministerio a través de la **ANI** y el Instituto Nacional de Vías –INVIAS–, se comprometieron a: ***(i)*** realizar socializaciones acerca de los nuevos peajes de los contratos de concesión ya suscritos y revisar las tarifas diferenciales en proyectos puntuales mediante mesas de trabajo con la **ANI,** los concesionarios y el

INVIAS, según corresponda; ***(ii)*** trabajar en el insumo técnico para la definición de una política pública, con el fin de definir criterios para la instalación de peajes; y, ***(iii)*** por último, la **ANI** se comprometió a que las Concesiones del Bicentenario, los proyectos de Quinta Generación estructurados en este Gobierno y otros, no incluirán nuevos peajes en las vías que intervendrán esos proyectos, distinto a los ya existentes, salvo en el caso de la IP ALO SUR.

3.2.111. En virtud de lo anterior, la Concesionaria, mediante comunicación No. APP-GICA-BG-2022-0432 de fecha 12 de abril de 2022, le solicitó a la **ANI** informarle la decisión definitiva que adoptaría el Ministerio de Transporte y ella misma, en cuanto a la aplicación de Tarifas diferenciales de Peaje o exenciones al pago de este en las casetas del Proyecto APP GICA.

Hecho relativo a *"LAS DECLARACIONES DEL GREMIO TRANSPORTADOR Y DE LA COMUNIDAD EN GENERAL SOBRE LA INSTALACIÓN DE LA CASETA DE PEAJE COCORA"*

3.2.112. Ante la instalación de la Caseta de Peaje "Cocora", sentido Ibagué – Cajamarca, la comunidad que se encuentra ubicada en inmediaciones del Proyecto de Concesión y miembros del Gremio Transportador, han manifestado su inconformidad con el cobro del Peaje, lo cual ha sido recogido por la prensa nacional y local.

Hecho relacionado con *"LA INVIABILIDAD FINANCIERA SOBREVINIENTE PARA EL PROYECTO"*

3.2.113. Adujo la Convocante que, los abruptos y significativos cambios a la Estructura Tarifaria regulada por la Resolución de Peajes determina la inviabilidad financiera del Contrato de Concesión 002 de 2015.

Hechos tocantes a *"LA PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DEL EQUITY Y DE LA FINANCIACIÓN CREDITICIA"*

3.2.114. La Sección 3.8 de la Parte General del Contrato de Concesión estipula la obligación que tiene la Concesionaria de gestionar y obtener la Financiación del Proyecto y los Recursos del Patrimonio mediante *"Giros de Equity"* y el *"Cierre Financiero".* Así, la Sección 1.77 de la Parte General del Contrato de Concesión define el concepto de *"Giro de Equity";* la letra (a) de la Sección 3.10 de la Parte General establece que el Concesionario debe girar a la Cuenta Proyecto por lo menos los valores señalados en la Parte Especial y en los plazos previstos en la misma y, finalmente, la Sección 4.4 de la Parte Especial del Contrato de Concesión señala los montos y el plazo de los Giros de *Equity* que debe hacer la Concesionaria.

3.2.115. De acuerdo con lo establecido en la Parte Especial del Contrato de Concesión, el monto total mínimo de aportes de *Equity* que debía girar la Concesionaria a la Cuenta Proyecto, ascendía a la suma de

CUATROCIENTOS VEINTE MIL SETENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS VEINTISEIS PESOS ($420.072’675.726,oo).

3.2.116. Posteriormente, con ocasión de la suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión No. 002 de 2015, los Prestamistas del Proyecto mediante comunicación del 31 de marzo de 2017 le manifestaron a la **ANI** que autorizaban la modificación de los aportes de *Equity* que debe girar la Concesionaria a la Cuenta Proyecto en un monto igual a TRESCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($308.683’360.372,oo).

3.2.117. Así, a la fecha de radicación de la demanda con la cual se dio inicio al presente trámite, los aportes de capital (*Equity*) realizados por la Concesionaria representan la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTIUN MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN PESOS ($275.416’221.271,oo).

3.2.118. De otro lado, la Sección 1.23 de la Parte General del Contrato de Concesión define el concepto de Cierre Financiero; la letra (a) de la Sección 3.9 de la Parte General del Contrato de Concesión señala los documentos por medio de los cuales debe acreditarse la obtención del Cierre Financiero y, así mismo, el Capítulo II *“TABLA DE REFERENCIAS A LA PARTE GENERAL”* de la Parte Especial del Contrato de Concesión establece que el monto mínimo del Cierre Financiero es de QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SESENTA Y OCHO MILLONES ($551.068’000.000,oo) de Pesos del mes de referencia.

3.2.119. De tal manera que, con el fin de atender la obligación descrita en los hechos anteriores, la Concesionaria mediante comunicación No. APP-GICA-2016-0268 le remitió a la **ANI** *“los documentos a través de los cuales se evidencia la consecución del Cierre Financiero del Proyecto (…)”,* consistentes en una certificación suscrita por el Banco Davivienda S.A., el Banco de Occidente y el Banco de Bogotá, en las cuales dichas entidades financieras manifestaron *“su compromiso, conjunto y no solidario, de otorgar al Concesionario un crédito hasta por la suma de COP$819.000.000.000.oo (…)”.*

3.2.120. La **ANI,** a su turno, mediante comunicación con Radicado de Salida No. 2016-306-007133-1 del 17 de marzo de 2016, formuló observaciones a la documentación remitida por la Concesionaria para la acreditación del cierre financiero.

3.2.121. Con el fin de atender las observaciones presentadas por la **ANI** en dicha comunicación, la Concesionaria, mediante comunicación APP-GICA-2016-0363 del 31 de marzo de 2016, remitió a la **ANI** todas y cada una de las

respuestas relacionadas con la obligación de obtener el cierre financiero del Proyecto.

3.2.122. Posteriormente, la **ANI,** mediante comunicación con Radicado de Salida No. 2016-705-009291-1, manifestó su conformidad con la documentación allegada por la Concesionaria para acreditar el cierre financiero.

Hechos relativos a la *"LA ACCIÓN POPULAR SOBRE EL PASO POR CAJAMARCA. ALCANCE Y SENTIDO DEL FALLO"*

3.2.123. El ciudadano Julio César Montañez instauró ante el Tribunal Administrativo del Tolima demanda de Acción Popular en contra de la **ANI**, **APP GICA**, la **ANLA** y otros, por considerar que el Proyecto *"Segunda Calzada Ibagué – Cajamarca"* al no incluir en sus estudios y diseños la ejecución y/o construcción de "*zonas de retiro, vías de servicios, carriles de aceleración y desaceleración, elementos físicos de separación de las vías, espacios para siembra de semillas y arbustos para conservación del medio ambiente, bermas y andenes peatonales en los diseños de la doble calzada Ibagué – Cajamarca",* vulneraba los derechos colectivos de los habitantes del municipio de Cajamarca, Tolima.

3.2.124. Puntualmente, el Actor Popular consideró vulnerados los siguientes derechos colectivos: ***(i)*** el goce del espacio público y utilización y defensa de los bienes de uso público; ***(ii)*** el derecho al goce de un ambiente sano; ***(iii)*** el derecho a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución; ***(iv)*** el derecho a la seguridad y salubridad públicas; ***(v)*** el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; y ***(vi)*** el derecho a la realización de construcciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

3.2.125. Las pretensiones del Actor Popular se dirigieron a que **APP GICA** y la **ANI** adecuaran los diseños para la construcción del Proyecto *"Segunda Calzada Ibagué – Cajamarca"*, además de solicitar que tales diseños se ajustaran al Plan de Ordenamiento del Municipio de Cajamarca, se adaptara la Licencia Ambiental del Proyecto, se ordenara la suspensión de la ejecución de las obras del Proyecto y se abstuvieran de aprobar los estudios definitivos y los procesos de compra de bienes.

3.2.126. El Tribunal Administrativo del Tolima, el día 28 de enero de 2018, luego de surtidas todas las etapas procesales, profirió la correspondiente Sentencia mediante la cual negó la totalidad de las Pretensiones formuladas por el Actor Popular.

Hechos que tienen que ver con *"EL PLAZO INICIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. AUTORIZACIÓN CONPES DE PLAZO SUPERIOR AL DESCRITO EN LA LEY 1508 DE 2012"*

3.2.127. El plazo inicial del Contrato se encuentra establecido en la Sección 1.124 de la Parte General del Contrato de Concesión, en cuyo texto se señala el término de veintiocho (28) años contados desde la Fecha de Inicio del Contrato, incluido el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión.

3.2.128. No obstante lo anterior, la letra (a) de la Sección 2.4 de la Parte General del Contrato de Concesión refiere lo siguiente respecto del Plazo del Contrato:

> *"(a) El plazo del Contrato es variable, y transcurrirá entre la Fecha de Inicio y la fecha en que termine la Etapa de Reversión".*

3.2.129. La Ley 1508 de 2012 dispuso que el plazo máximo de los Contratos de Asociación Público Privada corresponde a treinta (30) años, incluidas sus prórrogas, no obstante que, de requerirse un plazo superior al mencionado deberá acudirse al CONPES para la obtención de su visto bueno.

3.2.130. Respecto del Proyecto de Asociación Público Privada *"Segunda Calzada Ibagué – Cajamarca",* presentado por el Originador Promesa de Sociedad Futura **APP GICA** el 13 de noviembre de 2014, el Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES–, emitió concepto previo favorable para que el contrato tuviera un plazo de ejecución superior al previsto en el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012.

Hechos relacionados con la *"ENTREGA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS FASE III DE LOS SUBSECTORES 4, 5, 6 Y 7 DE LA UNIDAD FUNCIONAL 2 DEL PROYECTO"*

3.2.131. Como se ha hecho mención, el 23 de agosto de 2019, las Partes suscribieron el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, dentro del cual se estableció en su Cláusula Quinta la obligación de la Concesionaria de entregar a la **ANI** los estudios y diseños Fase III de los Subsectores 4, 5, 6 y 7 de la Unidad Funcional 2, noventa (90) días antes de la finalización de las obras correspondientes a la calzada derecha de los Subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 2.

3.2.132. La Interventoría del Proyecto, mediante comunicación No. CTE-GICA-CI380-001-2022 de fecha 4 de enero de 2022, informó a la Concesionaria sobre el inicio de un período de cura por el supuesto incumplimiento de la obligación de entregar los estudios y diseños Fase III de los Subsectores 4, 5, 6 y 7 de la Unidad Funcional 2 del Proyecto.

3.2.133. Lo mencionado en el hecho inmediatamente anterior se dio como consecuencia del oficio No. 20213050409991 de fecha 27 de diciembre de 2021, proferido por la **ANI,** mediante el cual la Entidad Estatal Contratante

manifestó su no objeción a la Interventoría para dar inicio al período de cura en mención.

3.2.134. La Concesionaria, a su turno, mediante comunicación No. APP-GICABG-2022-0074 de 24 de enero de 2022, contestó a la **ANI** que el período de cura iniciado en su contra desconocía los eventos y realidades de índole jurídica, social, contractual y técnica que han imposibilitado obtener la complementación integral de los Estudios y Diseños Fase III de los Subsectores 4, 5, 6 y 7 de la Unidad Funcional 2.

3.2.135. Finalmente, la Concesionaria le solicitó a la **ANI** instrumentar un Acuerdo entre las Partes que defina cuál de las soluciones técnicas de trazado propuestas será la elegida para desarrollar en los mencionados Subsectores 4, 5, 6 y 7 de la Unidad Funcional 2, para de esa manera proceder con la correspondiente concreción de los Estudios y Diseños Fase III.

3.2.136. De acuerdo con lo anterior, los Estudios y Diseños Fase III aún no se encuentran culminados, lo cual de manera automática genera dos ineludibles consecuencias: ***(i)*** la no iniciación de las obras que conforman los sectores 4, 5, 6 y 7 conformantes de la Unidad Funcional 2; y, ***(ii)*** el ajuste de las tarifas de peaje en un 40% sólo se producirá hacia el año 2028, fecha probable de culminación de la Unidad Funcional 2.

3.3. Las Excepciones de Mérito

La Parte Convocada contestó oportunamente la demanda arbitral, oportunidad en la cual se opuso a la posibilidad de que pudieran despacharse favorablemente las pretensiones de la demanda arbitral.

Así mismo, formuló las siguientes excepciones de mérito:

3.3.1. *“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”*

La Convocada explicó que según el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada Concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del Concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

En consecuencia, manifestó que la evaluación del cumplimiento de las obligaciones contractuales en un negocio estatal de concesión se debe acompasar 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.

Así, la importancia y necesidad de la administración y gestión eficiente de las obligaciones contingentes asociadas a la ejecución del proyecto en mención, es necesaria la remisión al artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece la obligación de identificar y de distribuir los riesgos en los contratos estatales.

En lo que respecta a las Asociaciones Público-Privadas, el inciso segundo del artículo 4º de la Ley 1508 de 2012, señala:

> *"Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio".*

Así pues, sostuvo que una distribución de riesgos eficiente implica una transferencia de estos a la parte que se encuentra en mejor capacidad de administrarlos, bien sea la entidad pública contratante o el contratista.

En el caso en concreto, señaló la Convocada, estamos en presencia de un Contrato de Concesión bajo la modalidad de Asociación Público Privada –APP– y, además de ello, es una Iniciativa Privada –IP– sin desembolso de recursos públicos, donde se evidencia que el originador corresponde al mismo contratista que hoy ejecuta la concesión, pues en materia de asignación de riesgos, también existe una connotación especial en las IP, establecida en el artículo 2.2.2.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015.

En tal sentido, argumentó que tanto al presentar su oferta como al suscribir el Contrato de Concesión, le asiste al Concesionario la carga de identificar y cuantificar los riesgos que tendrá a su cargo, al igual que le corresponde prever los mecanismos de mitigación ante su ocurrencia y manifestar objeciones cuando quiera que estime que dicha función conlleva la imposición de obligaciones de imposible cumplimiento, así como cuando quiera que en la ejecución contractual se prevean dichas circunstancias, lo cual torna necesario que el Concesionario despliegue de manera oportuna los mecanismos eficientes que permitan mitigar los impactos que tales contingencias puedan generar al Proyecto APP GICA.

En esta medida, la Parte Convocante no puede excusarse del cumplimiento de las obligaciones o, como lo pretende injustificadamente, trasladar su cumplimiento a la Entidad concedente, por la activación o materialización de los riesgos que ha

asumido a su cargo al celebrar el contrato estatal o, por el contrario, que no previó como Originador del Proyecto.

De acuerdo con lo anterior, la Convocada hizo referencia al objeto del Contrato de Concesión, incluido en la Parte General del Contrato, Capítulo II, Numeral 2.1, al alcance descrito en el Capítulo III, numeral 3.2, letra (a) y, puntualmente, a la Sección 2.6 de la Parte General del Contrato, a través de la cual la ahora Convocante aceptó incondicionalmente el citado Contrato.

Así las cosas, indicó que el Originador asume los riesgos (previsibles) propios de la estructuración, esto es, las consecuencias desfavorables que puedan producirse por razón de dicha estructuración, pues la **ANI** no adelantó la estructuración de estos documentos, sino que, de acuerdo con lo indicado por el artículo 2.2.2.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015, en etapa de factibilidad el originador presenta a la Entidad Estatal.

Por ello, consideró que el Contrato de Concesión se proyectó bajo un modelo de retribución que se define en la Sección 1.147 de la Parte General del Contrato como *"la contraprestación económica a la que tiene derecho el Concesionario en los términos de la Sección 3.1 de esta Parte General"*, razón por la cual en la Sección 13.2, numeral (xiv) de la Parte General del Contrato, el Concesionario asumió el riesgo derivado de los *"efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en la rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas, toda vez que la Retribución del Concesionario compensa todas las obligaciones y riesgos asumidos por el Concesionario"*, *(…) así como los pagos de compensaciones al concesionario por los riesgos total o parcialmente asumidos por la ANI, diseñados para restablecer y mantener la ecuación contractual"*.

Por lo anterior, no es de recibo para la Convocada que la Convocante pretenda hacer vinculante un criterio que no solo no existe, sino que resulta contradictorio de las estipulaciones convencionales que regulan el derecho a la retribución y, naturalmente las utilidades que se desprenden de la ejecución del negocio.

Así mismo, añadió que el Contrato de Concesión determina las asignaciones de riesgos de las Partes involucradas, así como los mecanismos de compensación de riesgos, con el fin de mantener la ecuación contractual. Sin embargo, el Valor Presente por Ingresos de Peajes VPIP señalado en la Parte Especial del Contrato no determina un valor por estación de peaje, sino un valor global en cuyo caso la asignación del riesgo por los efectos favorables o desfavorables del VPIP, está a cargo del Concesionario de conformidad con la sección 13.2 numerales (xiii) y (xiv) de la Parte General del Contrato.

En consecuencia, concluyó la Convocada, la ejecución del Contrato de Concesión es a cuenta y riesgo de **APP GICA** y, en efecto, debe ella asumir los efectos favorables o desfavorables de la ejecución del proyecto, dentro de los límites establecidos en el Contrato mismo; el Originador fue quien en el marco de sus obligaciones legales estableció y definió para el contrato los mecanismos de tipificación y asignación de riesgos previsibles, que posteriormente debieron surtir

los trámites de ley ante las instancias nacionales correspondientes para poder ejecutar el proyecto.

3.3.2. *"LA NO INSTALACIÓN DE LA CASETA DE PEAJE OBEDECE A HECHOS IMPUTABLES AL CONCESIONARIO POR INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES – EL DEBER DE OBRAR DE BUENA FE Y RESPETAR LOS ACTOS PROPIOS"*

En primer lugar, reiteró que el Contrato y los Otrosíes Nos. 1 y 3 tienen vigente la obligación de construir la caseta de control, concretamente, la creación de esta estación de control se llevó a cabo en el Otrosí No. 1, en tal sentido, se dispuso en la Cláusula Tercera que la instalación de la estación de peaje y pasaje de Cocora en sentido Ibagué-Cajamarca iniciara su operación una vez se suscribiera el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1. No obstante, con la suscripción del Otrosí No. 3 se modificó de mutuo acuerdo entre las Partes la Cláusula Tercera del Otrosí No. 1, en la cual se estableció que la Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué sería instalada el 1 de enero de 2022, a la terminación de las obras correspondientes a la calzada derecha, e iniciara el Recaudo de las Tarifas de Peaje a partir de esa fecha.

En este sentido, la **ANI,** considerando la oportunidad en la ejecución contractual, solicitó al Concesionario los insumos respectivos para adelantar los trámites ante el Ministerio de Transporte respecto de la modificación de la Resolución No 175 de 2015; la instalación de la caseta de control es a cuenta y riesgo del Concesionario, de manera que la Convocada procedería a realizar el trámite ante el Ministerio de Transporte tan pronto contara con los insumos entregados por el Concesionario, insumos que a la fecha no han sido allegados a la Convocada, a pesar de los múltiples requerimientos realizados por ella.

Adicionalmente, señaló que al Concesionario le continúa siendo exigible el cumplimiento contractual bajo las condiciones pactadas, recordando que de conformidad con la Sección 19.10 de la Parte General del Contrato de Concesión, solo se entiende modificado el alcance de las obligaciones de las Partes. En este sentido, para la Convocada es absolutamente claro que la no instalación de la caseta de control en la fecha prevista contractualmente obedeció en unos casos a hechos imputables al Concesionario y, en otros, a circunstancias ajenas a las Partes, situaciones previstas en el Contrato de Concesión bajo la figura del Evento Eximente de Responsabilidad, tal como se detalla en el Acta suscrita por las Partes el 4 de marzo de 2020, en la comunicación con Radicado No. 20203050230081 del 11 de agosto del 2020 y en el Acta suscrita por las Partes el 8 de marzo de 2022.

A su turno, adujo que la Convocante incumplió con los tiempos previstos para realizar las intervenciones contempladas en el Contrato para los Subsectores 2 y 3 (calzada derecha) de la Unidad Funcional 2, que corresponden a un par vial entre Boquerón y Coello-Cocora que se encontraban previstas para el 19 de abril del 2022, razón por la cual, la Interventoría solicitó a la **ANI** la no objeción de un "Plazo de Cura" de 60 días, con el fin de que **APP GICA** subsanara el incumplimiento relacionado con la terminación de las obras, el cual fue no objetado por la **ANI**

mediante comunicación con Radicado ANI No. 20223050123751 del 5 de mayo del 2022 y notificado al Concesionario el 6 de mayo del 2022, de manera que el plazo para la entrega de las intervenciones se corrió hasta el 6 de junio de 2022.

Por ello, para la Convocada, se evidencia que el plazo que inicialmente estaba previsto para el 19 de abril del 2022 se corrió finalmente por las situaciones aquí detalladas para el 6 de julio del 2022, es decir, por 60 días contados desde que se notificó al Concesionario del "Plazo de Cura" pues, si bien, el Concesionario puso a disposición la calzada derecha de conformidad con las estipulaciones contractuales, la Interventoría y la **ANI** tendrán un plazo de 60 días para realizar el Procedimiento de Verificación y, en caso de encontrarse que cumple con las condiciones, las Partes tendrán 10 días hábiles para suscribir el Acta de Terminación de la Unidad Funcional, lo que da como fecha probable de suscripción del Acta a finales del mes de octubre; ahora, en caso de no encontrarse cumplidas las condiciones mínimas, la Interventoría y la **ANI** podrán solicitar correcciones.

Lo anterior resulta relevante, toda vez que de conformidad con el Otrosí No. 3, hasta tanto se cuente con la disponibilidad de la Calzada derecha de la Unidad Funcional 2, no se podrá poner en operación la caseta de control, condición que, como ya se mencionó, aún no se ha cumplido.

De manera que, para la Convocada es irrefutable que a la fecha la Convocante no ha cumplido con las obligaciones a su cargo, razón por la cual se está afectando con ello el recaudo de los recursos que entran directamente a la Subcuenta de Excedentes ANI, a lo que debe añadirse que **APP GICA** no ha hecho entrega a la **ANI** de los insumos requeridos para solicitar ante el Ministerio de Transporte la modificación de la Resolución 175 de 2015.

3.3.3. *"LA INSTALACIÓN DE LA CASETA DE CONTROL ES UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO A CUENTA Y RIESGO DEL CONCESIONARIO"*

Indicó la Convocada, para sustentar su excepción, que como se observa en la Resolución No. 151 del 15 de enero de 2015, mediante la cual se adjudicó a la Promesa de Sociedad Futura **APP GICA** el Contrato de Concesión bajo la modalidad de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, se estableció el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP en los términos de la Ley 1508 de 2012, el cual prevé que el Concesionario que *"por su cuenta y riesgo, lleve a cabo para realizar los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental de la segunda calzada de la vía Ibagué - Cajamarca; y la operación y mantenimiento del sistema vial Variante Chicoral, Variante Gualanday, Gualanday - Ibagué, Gualanday - Espinal, Variante Picaleña, Ramal Norte y trazado existente Ibagué – Cajamarca".*

Así, en el Contrato de Concesión se señaló, en iguales términos, que el mismo tiene por objeto que 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"*, a lo que añadió que los Otrosíes Nos. 1 y 3 tienen vigente la obligación de

construir la caseta de control, lo que permite concluir y evidencia que **APP GICA** sabía que era su deber llevar a cabo las obras correspondientes.

En tal sentido, la Convocada analizó el significado de la expresión *"por su cuenta y riesgo"*, para lo cual consideró que, de acuerdo con lo señalado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 29 de agosto de 2012, Expediente No. 21077, dicha Honorable Corporación dispuso que *"la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.– es un proceso que tiene como propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos y el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico".*

De manera que, para determinar el alcance de la expresión se deben analizar los criterios de interpretación textual presentes en nuestro ordenamiento jurídico y empezar con el criterio comprendido en el artículo 28 del Código Civil, regla general aplicable a la interpretación legal, norma según la cual *"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal".*

En ese orden de ideas, la utilización de la expresión *"por cuenta y riesgo",* para caracterizar las obligaciones que asume el Concesionario dentro del Contrato, fija un contenido en virtud del cual el grado de responsabilidad que le atañe respecto de las actividades que debe ejecutar es el de la mayor exigencia en un negocio de esta naturaleza, esto es, en una concesión dentro del marco de las APP en las 4G.

3.3.4. *"EL TRÁMITE DE MODIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 000175 DE 2015 ANTE EL MINISTERIO DE TRANSPORTE NO SE HA ADELANTADO POR LA NO ENTREGA DE LOS INSUMOS POR PARTE DEL CONCESIONARIO"*

Inició este punto la Convocada por señalar que, en el marco de la ejecución contractual la **ANI** en reiteradas ocasiones se ha pronunciado frente a **APP GICA,** en concordancia con las obligaciones emanadas del Contrato de Concesión, solicitando los insumos respectivos para adelantar los trámites ante el Ministerio de Transporte con miras a obtener la modificación de la Resolución No 175 de 2015 del Ministerio de Transporte, puesto que como se puede evidenciar a lo largo de la contestación a la demanda, la instalación de la caseta de control es a cuenta y riesgo del Concesionario; así las cosas, agregó que corresponde a la **ANI** adelantar el trámite ante el Ministerio de Transporte, una vez cuente con los insumos entregados por el Concesionario, insumos que a la fecha no le han sido allegados, a pesar del requerimiento realizado por la **ANI.**

A continuación, puso de presente las siguientes comunicaciones para evidenciar dicha situación, a saber: ***(i)*** Comunicación con radicado ANI No. 20213050347391 del 05 de noviembre del 2021; y, ***(ii)*** Radicado ANI No. 20223050157081 del 31 de mayo del 2022.

Al respecto, afirmó que a **APP GICA** le continúa siendo exigible el cumplimiento contractual bajo las condiciones pactadas, a lo cual añadió que de conformidad con la Sección 19.10 de la Parte General del Contrato de Concesión se definió la procedencia de la modificación del alcance de las obligaciones de las Partes, al establecer que *"el Contrato junto con sus Apéndices no podrá ser modificado sino por acuerdo escrito debidamente firmado por representantes autorizados de las Partes y con el cumplimiento de los requisitos que impone la Ley Aplicable".*

Frente a este punto, la no instalación de la caseta de control en la fecha prevista contractualmente obedeció en unos casos a hechos imputables a **APP GICA** y, en otros, a circunstancias ajenas a las Partes, las cuales estaban previstas en el Contrato de Concesión bajo la figura del Evento Eximente de Responsabilidad, en los términos expresamente detallados en su contestación de la demanda.

En este sentido y de conformidad con el Otrosí No. 3, hasta tanto se cuente con la disponibilidad de la Calzada derecha de la Unidad Funcional 2, no se podrá poner en operación la caseta de control, condición que, como ya mencionó, aún no se ha cumplido.

Por otro lado, resaltó que los Otrosíes Nos. 1 y 3 corresponden a modificaciones solicitadas por el Concesionario en relación con el trazado de la vía en los Subsectores 2 y 3 (Calzada Derecha) y las intervenciones constructivas previstas para las Unidades Funcionales 1 y 2, es decir, con aquellos se modificó el alcance del proyecto previsto en el Apéndice Técnico 1. Bajo este entendido, dichas modificaciones que se derivan de los Otrosíes, relacionados con los estudios, diseños y construcción, deben leerse en concordancia con la distribución de riesgos del Contrato de Concesión, específicamente en la sección 13.2 (a) (vii y xxiii).

Finalmente, en lo que toca con las manifestaciones realizadas desde la **ANI,** mencionó que las mismas obedecen a la exposición de acuerdos realizados entre las Partes en el marco del Contrato de Concesión No. 002 de 2015 y sus modificaciones, a saber, Otrosíes Nos. 1 y 3, teniendo en cuenta que dentro de las motivaciones para realizar la modificación del trazado en los Subsectores 2 y 3 (Calzada Derecha) del corredor concesionado (Tramo Boquerón – Coello – Cocora) manifestadas por el mismo Concesionario a través de comunicación con Radicado ANI No. 20154090640792 del 5 de octubre de 2015. Dichas motivaciones expresadas por la Convocante fueron incluidas de igual manera en las consideraciones del Otrosí No. 1.

Por lo anterior, reiteró que la condición de operación bidireccional del tramo en cuestión no fue decisión que hubiere surgido a iniciativa de la **ANI** y, por el contrario, fue una condición que el concesionario **APP GICA** conoció, presentó y aceptó con la suscripción de los Otrosíes Nos. 1 y 3, tal como se evidencia en la Cláusula Tercera del Otrosí No 3.

3.3.5. *"INEXISTENCIA DE ELUSIÓN POR LA NO INSTALACIÓN DE LA CASETA DE CONTROL DE PEAJE COCORA"*

Precisó la Convocada, que a la fecha no se ha configurado o materializado la supuesta elusión del Peaje Cocora, toda vez que la condición de direccionalidad de la Ruta Nacional 4003 en el sector comprendido entre Boquerón y Coello – Cocora, es una situación pactada por las Partes en el Otrosí No. 1, teniendo en cuenta que, dentro de las motivaciones para realizar la modificación del trazado en los Subsectores 2 y 3 del corredor concesionado (Tramo Boquerón – Coello – Cocora) fueron manifestadas por el mismo concesionario a través de comunicación con Radicado ANI No 20154090640792 del 5 de octubre de 2015; dichas motivaciones expresadas por **APP GICA,** como lo señaló en la excepción de mérito precedente, hacen parte integral del Otrosí No. 1, toda vez que se encuentran citadas en sus considerandos 24, 25, 26, 28 y 29, por lo que dicha condición de mantener la bidireccionalidad en el funcionamiento de la Ruta Nacional 4003 entre los PR 71 y PR 81 (paso por boquerón y Coello–Cocora), fue una de las motivaciones principales que adujo **APP GICA** para realizar la modificación al Contrato de Concesión.

Por ello, para catalogar como elusión el tráfico que actualmente hace su tránsito entre Boquerón y Coello – Cocora, se tendría que cumplir con la condición contractual de instalar la caseta de control que, tal y como se pactó en la suscripción del Otrosí No. 3, la misma debería darse en el momento que se ponga en operación la calzada derecha Tramos 2 y 3, condición que no se ha cumplido por parte del Concesionario a la fecha de contestación de la demanda arbitral y que de acuerdo con los términos contractuales, a la fecha se encuentra en mora de acreditar.

3.3.6. *“EL MODELO FINANCIERO NO ES VINCULANTE, NI ES EQUIVALENTE A UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL”*

En primer lugar, señaló la Convocada que el modelo financiero es el resultado de un proceso mediante el cual se construye una representación financiera para predecir el rendimiento futuro de una inversión, por ende, se trata de una proyección no vinculante que es consecuencia de un ejercicio realizado por un particular para cubrir un riesgo que asume contractualmente, en el que materializa unos flujos de caja.

En segundo lugar, denotó que existen contratos de concesión que incluyen un Modelo Financiero llevándolo a la categoría de cláusula contractual con efectos vinculantes, de manera que dicha obligatoriedad no surge de la interpretación unívoca de una parte, en la medida en que esa decisión es objeto de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes pueden otorgarle efectos jurídicos a ese modelo y, por ende, hacerlo parte del Contrato de Concesión para medir con carácter vinculante y exigible las variables macroeconómicas como de ingresos y egresos.

Por ello, concluyó que el modelo financiero, con la suscripción de los Otrosíes Nos. 1 y 3 al Contrato de Concesión No. 002 del 2015, fue revisado y ajustado por las Partes con el fin de que el mismo guardara relación con las modificaciones que en dichos otrosíes se pactaron, tal como se señala en el considerando 38 del Otrosí No. 3, motivo por el cual, el modelo financiero de **APP GICA** si bien es la base para

determinar el ingreso esperado sobre las unidades funcionales que hacen parte del Proyecto, no tiene la entidad de ser un modelo financiero contractual.

3.3.7. *"LA IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO"*

Advirtió la Convocada que en la ejecución del Contrato no se ha configurado un menor recaudo, toda vez que no se ha materializado el riesgo de elusión que fuera asignado a la **ANI** y que aparece descrito en la Cláusula 13.3, Literal (d), pues la vía existente no corresponde a una nueva vía alterna, ya que ésta se encontraba definida y detallada en el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, siendo este una Iniciativa Privada.

De manera que, puso de presente que el Otrosí No. 1 al Contrato fue propuesto por **APP GICA,** por lo tanto, al ser un proyecto cuya naturaleza es de Iniciativa Privada –IP–, considerando que cuenta que la modificación propuesta por el Concesionario, le permitía conocer las implicaciones financieras y de riesgos que se desprendían como consecuencia de realizar la modificación contractual en mención, por ello no resultan procedentes las afirmaciones y pretensiones relacionadas con este aspecto.

Así mismo, sostuvo que en el concepto emitido por la Vicepresidencia de Estructuración, mencionado en el Considerando No. 27 del Otrosí No. 1, se señaló que *"cualquier modificación del Contrato de Concesión que implique la supresión de alguna de las obras especiales obligatorias establecidas en el Apéndice Técnico 1 deberá no solo respetar lo dispuesto en la normatividad vigente y en la sección 19.10 del Contrato, sino garantizar entre otros, el equilibrio tanto de las inversiones mínimas presupuestadas para tales obras, como las condiciones financieras y de riesgos reconocidas por la construcción de las mismas".*

Por ello, está la obligación de garantizar el recaudo, mediante la instalación, a su cuenta y riesgo, de una caseta de control adicional a la nueva estación de Peaje Cocora, tal y como se menciona en el Considerando No. 14 del Título *"En relación con la operación y mantenimiento anticipado del corredor existente "Girardot – Ibagué – Cajamarca"* del Otrosí No. 1. No obstante, la no instalación de la caseta de control en la fecha prevista contractualmente obedeció en unos casos a hechos imputables a **APP GICA** a los que la Convocada hizo referencia a lo largo de su contestación.

A continuación, la Parte Convocada reiteró sus argumentos, expuestos en las excepciones de mérito a las que se ha hecho referencia, acerca del plazo para la entrega de las intervenciones que inicialmente estaban previstas para el 19 de abril del 2022, el cual se corrió finalmente para el 6 de julio del 2022, es decir por 60 días contados desde que se notificó al Concesionario del "Plazo de Cura".

A la fecha, la Convocante puso a disposición la calzada derecha, no obstante, de conformidad con las estipulaciones contractuales, la Interventoría y la **ANI** tendrán un plazo de 60 días para realizar el Procedimiento de Verificación y, en caso de

encontrarse que cumple con las condiciones, las Partes tendrán 10 días hábiles para suscribir el Acta de Terminación de Unidad Funcional, lo que da como fecha probable de suscripción del Acta el 19 de septiembre de 2022; ahora, en caso de no encontrarse cumplidas las condiciones mínimas, la Interventoría y la **ANI** podrán solicitar correcciones.

Insistió en que ello resulta relevante, toda vez que de conformidad con el Otrosí No. 3, hasta tanto se cuente con la disponibilidad de la Calzada derecha de la Unidad Funcional 2, no se podrá poner en operación la caseta de control, condición que aún no se ha cumplido.

Adicionalmente, como hizo mención, también se requiere contar con la resolución del Ministerio de Transporte, para lo cual se requieren los insumos por parte del Concesionario, los cuales tampoco han sido allegados a la **ANI.**

Lo anterior, evidencia que **APP GICA** a la fecha no ha cumplido con las obligaciones a su cargo, las cuales están establecidas en los Otrosíes No. 1 y 3, de manera que se está afectando con ello el recaudo de los recursos que entran directamente a la Subcuenta de Excedentes ANI.

Finalmente, sostuvo que teniendo en cuenta lo establecido en el Contrato de Concesión, respecto al riesgo de Elusión, el Concesionario a la fecha no ha dado cumplimiento con las obligaciones relacionadas con la puesta en operación de la Caseta de Control de Peaje Cocora en la vía existente, por lo tanto, no se puede afirmar que exista la materialización de dicho riesgo, más cuando el Concesionario propuso y asumió los riesgos con Otrosíes Nos. 1 y 3 del Contrato.

Por lo anterior, reiteró que la condición de operación bidireccional del tramo en cuestión no fue iniciativa de la **ANI** y, por el contrario, fue una condición que **APP GICA** conoció, presentó y aceptó con la suscripción de los Otrosíes Nos. 1 y 3.

Así las cosas, sostuvo que como no se ha materializado el riesgo, no es procedente declarar la terminación anticipada del Contrato ni aplicar la fórmula de liquidación de que trata la sección 18.3, letra (f), de la Parte General del Contrato.

3.3.8. *“EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA”*

De conformidad con lo previsto por el artículo 282 del Código General del Proceso –C.G.P.– y por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –C.P.A. y C.A.–, la Parte Convocada solicitó al Tribunal que declarara en el laudo las excepciones de mérito cuyos hechos encuentre probados en el expediente.

4. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN EL PROCESO

Las actuaciones adelantadas en la etapa inicial del presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

4.2. El 26 de mayo de 2022, la Parte Convocante presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá[3].

4.3. Agotado el trámite respectivo, el nombramiento de los árbitros se produjo mediante designación de común acuerdo en reunión de julio 28 de 2022[4], la cual se llevó a cabo a través del sistema de telepresencia, bajo la coordinación del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad con las previsiones de los artículos 23 y 31 de la Ley 1563 expedida en 2012.

4.4. Luego de que los árbitros aceptaron su designación y cumplieron con lo preceptuado por el artículo 15 de la citada Ley 1563, el Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 22 de agosto de 2022[5].

En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente designó al Árbitro **Mauricio Fajardo Gómez** como Presidente y al doctor **Henry Sanabria Santos** como Secretario, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión, dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley.

4.5. Instalado el Tribunal, mediante Auto No. 2 de la misma fecha se inadmitió la demanda presentada por la Parte Convocante.

4.6. El día 26 de agosto de 2022, la Parte Convocante presentó memorial de subsanación de la demanda arbitral junto con una versión de la demanda con la inclusión de las correcciones ordenadas por el Tribunal[6]; del mencionado escrito remitió copia a los demás sujetos procesales.

4.7. Mediante Auto No. 3 del 7 de septiembre de 2022, el Tribunal admitió la demanda arbitral promovida por APP GICA en contra de la ANI, corrió los traslados de rigor y ordenó la notificación de dicha providencia al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[7].

---

[3] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No 1 > 002_Radicación de caso.PDF

[4] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No 1 > 23_Envío partes Informe reunión designación árbitros.pdf > Folio 4

[5] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No 1 > 35_Instalación_20220822.pdf y 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No 1 > 36_Instalación_20220822.pdf

[6] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 3 a 135

[7] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 136 a 148

4.8. El 10 de octubre de 2022, la Parte Convocada presentó escrito mediante el cual ***(i)*** contestó la demanda arbitral; ***(ii)*** formuló excepciones de mérito***; (iii)*** objetó el juramento estimatorio, y ***(iv)*** acompañó pruebas, al tiempo que solicitó el decreto y la práctica de otras[8]. El mensaje de datos mediante el cual la Parte Convocada remitió el respectivo escrito, fue enviado por vía electrónica, en copia, con destino a la Parte Convocante y al Ministerio Público.

4.9. Teniendo en cuenta lo anterior, el traslado de las excepciones de mérito de que trata el artículo 21 de la Ley 1563 expedida en 2012 y que debía realizarse por Secretaría, se surtió en la forma expresamente establecida y regulada para ello mediante el parágrafo del artículo 9º de la citada Ley 2213[9], promulgada en 2022.

4.10. Mediante Auto No. 4 del 20 de octubre de 2022, el Tribunal tuvo por contestada la demanda arbitral por parte de la ANI y ordenó correr traslado de la objeción al juramento estimatorio[10].

4.11. El 26 de octubre de 2022, la Parte Convocante se pronunció respecto de la objeción al juramento estimatorio formulado por la Convocada en su contestación a la demanda arbitral, escrito mediante el cual acompañó pruebas. Así mismo, en el mismo escrito anunció la aportación de un dictamen pericial de parte[11].

4.12. Mediante Auto No. 5 del 15 de noviembre de 2022, el Tribunal concedió, a la Parte Convocante, plazo hasta el 16 de diciembre de la misma anualidad para aportar el dictamen pericial de parte anunciado y fijó el día 7 de diciembre de 2022 como fecha para celebrar la audiencia de conciliación y/o fijación de gastos y honorarios, prevista en el artículo 24 de la Ley 1563[12].

4.13. El 7 de diciembre de 2022 se llevó a cabo audiencia de conciliación, la cual se declaró agotada y fracasada. En consecuencia, el Tribunal, mediante

---

[8] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 149 a 236

[9] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 247

[10] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 254 a 257

[11] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 258 a 265

[12] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 266 a 269

Auto No. 7 de la misma fecha, fijó las sumas correspondientes por concepto de gastos y honorarios a cargo de las Partes[13].

4.14. El 22 de diciembre de 2022, las dos Partes, Convocante y Convocada, acreditaron el pago correspondiente por concepto de gastos y honorarios del Tribunal y acompañaron las respectivas liquidaciones.

4.15. El 20 de diciembre de 2022, la Parte Convocante solicitó el decreto y práctica de medidas cautelares[14].

4.16. El día 27 de diciembre de 2022, la Parte Convocada se pronunció oportunamente respecto de la solicitud de medidas cautelares formulada por la Parte Convocante[15]. Teniendo en cuenta que la Parte Convocante acreditó el envío de la mencionada solicitud a los demás sujetos procesales, se dio aplicación a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 9º de la citada Ley 2213, en concordancia con lo establecido en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –C.P.A. y C.A.–.

4.17. Mediante Auto No. 8 del 10 de enero de 2023, el Tribunal decidió señalar el día 19 de enero de 2023 como fecha para la celebración de la primera audiencia de trámite, a la cual se refiere el artículo 30 de la Ley 1563 expedida en 2012[16].

4.18. El 19 de enero de 2023, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en cuyo desarrollo, después de analizar el alcance del pacto arbitral y de los asuntos sometidos a arbitraje, el Tribunal se declaró competente para conocer del litigio trabado entre las Partes y resolverlo en derecho.

4.19. La etapa de instrucción del proceso se adelantó debidamente y las pruebas fueron practicadas a través de audiencias celebradas en modalidad presencial en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y virtual mediante la Plataforma dispuesta para tal efecto por el citado Centro de Arbitraje.

Las audiencias fueron grabadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y las respectivas grabaciones fueron incorporadas al expediente[17].

---

[13] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 298 a 305

[14] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 314 a 337

[15] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 338 a 387

[16] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 01_PRINCIPAL > PRINCIPAL No. 2 > 136972 – Cuaderno Principal No. 2 – Folio 1 – 392.pdf > Folio 388 a 392

4.20. Agotada la instrucción del proceso y luego de surtir el control de legalidad, el Tribunal mediante Auto No. 22 del 8 de junio de 2023 señaló la fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de alegaciones finales, la cual tuvo lugar el 4 de agosto de 2023.

En dicha Audiencia de alegaciones finales, tanto la Parte Convocante como el extremo Convocado expusieron oralmente sus alegatos de conclusión y entregaron la versión escrita de sus intervenciones.

Así mismo, la Doctora Jerly Lorena Ardila Camacho, Agente del Ministerio Público, rindió el concepto respectivo. Esta audiencia se celebró presencialmente en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

5.2. La primera audiencia de trámite se celebró el **19 de enero de 2023.**

5.3. El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, en virtud de lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 expedida en 2012.

5.4. El proceso, por solicitud conjunta de las Partes, ha estado suspendido en las siguientes fechas:

AUTO QUE DECRETÓ LA SUSPENSIÓN	FECHAS DE LA SUSPENSIÓN		DÍAS CALENDARIO DE SUSPENSIÓN
	INICIO	FINALIZACIÓN	
Auto No. 18, del 13 de abril de 2023	14 de abril de 2023, fecha incluida.	23 de abril de 2023, fecha incluida.	**10**
Auto No. 23, del 8 de junio de 2023	9 de junio de 2023, fecha incluida.	3 de agosto de 2023, fecha incluida.	**56**
Auto No. 24, del 4 de agosto de 2023	5 de agosto de 2023, fecha incluida	27 de septiembre de 2023, fecha incluida	**54**
		TOTAL DÍAS SUSPENDIDOS	**120**

5.5. Así pues, al término de duración del proceso se le deben agregar o adicionar los días durante los cuales el mismo estuvo suspendido por solicitud conjunta de las Partes, sin exceder del límite máximo de suspensión previsto y autorizado de manera perentoria por Ley.

5.6. En consecuencia, al adicionar al plazo que inicialmente vencía el **19 de julio de 2023**, la cantidad de **120** días calendario, el término de duración del

[17] **Ubicación expediente virtual**: 136972 > 03_GRABACIONES Y TRANSCRIPCIONES

proceso se extiende hasta el **16 de noviembre de 2023**, motivo por el cual la expedición del presente Laudo arbitral se produce en tiempo.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

Para efectos de resolver las controversias que han sido planteadas y expuestas por las Partes a través de la demanda, de su contestación, de la formulación de excepciones y de la objeción al juramento estimatorio, y con el propósito de satisfacer el deber que impone el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, del cual son titulares los sujetos que concurren por los extremos activo y pasivo de la litis, el Tribunal de Arbitraje procede a explicar y a justificar el fundamento y las razones que sirven de apoyo a las decisiones que se profieren mediante el presente laudo.

1.- CUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Como asunto de decisión previa, pasa el Tribunal a examinar si en el presente proceso se reunieron los denominados presupuestos procesales, estos son las condiciones de forma y de procedimiento necesarias para proferir una decisión de fondo, constituidos por: ***(i)*** La capacidad para ser parte; ***(ii)*** La capacidad para comparecer al proceso; ***(iii)*** La demanda en forma; y, ***(iv)*** La competencia del juez.

1.1.- CAPACIDAD PARA SER PARTE

Según ya quedó señalado en aparte anterior, en cuanto a esta exigencia los extremos del litigio, previamente identificados, gozan de plena capacidad para ser Parte al tenor de lo previsto en el artículo 53 del Código General del Proceso –C.G.P.– y se encuentran debidamente representados en juicio, a lo cual cabe agregar que fueron adecuadamente convocados al proceso y durante su desarrollo gozaron de amplias oportunidades para desplegar a plenitud sus derechos fundamentales a defensa y a la contradicción, sin que se evidencie causal de nulidad alguna que hubiere viciado el trámite correspondiente.

El requisito en referencia, por tanto, se encuentra debidamente satisfecho, además de que no fue cuestionado en modo alguno durante el curso del proceso.

1.2.- CAPACIDAD PARA COMPARECER AL PROCESO

La capacidad para comparecer al proceso, cuya regulación recoge el artículo 54 del Código General del Proceso –C.G.P.–, también se encuentra acreditado en el expediente, pues la Parte Convocante como persona jurídica concurrió por conducto de su representante legal, quien otorgó poder en debida forma al mencionado profesional del Derecho que llevó su representación y, con ello, se satisfizo la exigencia del *ius postulandi.*

A su vez, la Parte Convocada intervino por conducto de quienes, de acuerdo con la ley y/o con sus normas reglamentarias, respectivamente, ejercen su representación legal e igualmente se constituyó el apoderado judicial que llevó la vocería de la Entidad Estatal durante el curso del proceso.

De esta manera se concluye también que el requisito en mención se encuentra debidamente acreditado, amén de que no fue materia de cuestionamiento o de controversia durante el curso del proceso.

1.3.- LA DEMANDA EN FORMA

Respecto de la demanda, debe indicarse que la misma se ajustó plenamente a las previsiones y exigencias contenidas en los artículos 82 y siguientes del Código General del Proceso –C.G.P.–, en especial después de que la Convocante corrigió los defectos que en su momento anotó el Tribunal al disponer su inadmisión, de tal manera que por ello se resolvió admitirla, mediante la providencia respectiva.

Así pues, este requisito se cumplió de manera satisfactoria.

1.4.- LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Según quedó señalado en el recuento de las actuaciones surtidas a lo largo del trámite arbitral que ahora culmina, en el curso de la Primera Audiencia de Trámite, celebrada el 19 de enero de 2023, el Tribunal declaró su competencia para conocer en derecho del litigio sometido a su examen, providencia que cobró firmeza sin que hubiese sido cuestionada y menos impugnada por alguno de los sujetos procesales, presupuesto que tampoco fue controvertido en alguna de las etapas del proceso.

1.5.- INEXISTENCIA DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL JUDICIAL

Comoquiera que el Contrato de Concesión No. 002 de 2015 en relación con el cual se debaten las controversias planteadas entre las partes, es un Contrato que se encuentra vigente y en etapa de ejecución, al punto que una de las principales pretensiones de la demanda arbitral que aquí se estudia, se encamina a obtener su terminación anticipada, resulta fuera de toda duda que no ha operado la caducidad de la acción o del medio de control judicial de controversias contractuales que en esta ocasión ejerció la Convocante.

1.6.- CONCLUSIÓN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

De acuerdo con lo aquí expuesto, para el Tribunal resulta claro que en este caso se han cumplido en debida forma todas las etapas previas del proceso arbitral, de conformidad con la Ley y el reglamento; las Partes no manifestaron hecho ni circunstancia que implique el incumplimiento de cualquier disposición legal o del reglamento, ni objetaron los controles de legalidad adelantados por el Tribunal durante el proceso, y no se vislumbra irregularidad o defecto alguno que pudiera

configurar alguna causal que invalide o deje sin efecto lo actuado o que impida decidir de fondo.

En este sentido, el Tribunal concluye que se encuentran plenamente cumplidos y acreditados los presupuestos procesales que corresponden a los mencionados requisitos de ***i)*** capacidad para ser parte; ***ii)*** capacidad para comparecer al proceso; ***iii)*** demanda en forma, y ***iv)*** competencia del Tribunal, ninguno de los cuales fue materia de cuestionamiento por alguna las Partes, razón suficiente para que se proceda entonces al análisis y la resolución en derecho, sobre el fondo de los asuntos en controversia.

2.- LOS PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

Según entiende el Tribunal las controversias contractuales que le han planteado las Partes, acerca del mencionado Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015, requieren para ser definidas, el examen y la resolución, al menos de los siguientes problemas jurídicos:

> ***i).- ¿***Se ha afectado la estructura tarifaria del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015 como consecuencia de la materialización del riesgo de elusión a cargo de la ANI por no haber permitido la construcción y operación de la caseta de control para el recaudo del Peaje de Cocora***?***
>
> ***ii).- ¿***Se ha afectado la estructura tarifaria del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015 como consecuencia de la materialización del riesgo a cargo de la ANI de crear o adoptar tarifas diferenciales o de exenciones en favor de grupos potenciales de usuarios del Sistema Vial GICA, objeto del citado Contrato***?***
>
> ***iii).- ¿***La materialización de los anteriores riesgos a cargo de la ANI generan, consecuencialmente, la materialización del riesgo de imposibilidad -total o parcial- del recaudo en el Peaje de Cocora por razones no imputables al Concesionario?
>
> ***iv).- ¿***La materialización de todos los anteriores riesgos a cargo de la ANI permite activar y aplicar los mecanismos de compensación de riesgos previstos en el Contrato por el menor valor de recaudo del peaje y, si ellos no fueren suficientes en el presente caso, se podrá disponer la terminación del Contrato***?***

A continuación, se sintetizan las posturas que las Partes han sostenido, a lo largo del litigio, en relación con los mencionados problemas jurídicos.

2.1.- ¿SE HA AFECTADO LA ESTRUCTURA TARIFARIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DE 2015 COMO CONSECUENCIA DE LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO DE ELUSIÓN A CARGO DE LA ANI POR NO HABER PERMITIDO LA CONSTRUCCIÓN Y

OPERACIÓN DE LA CASETA DE CONTROL PARA EL RECAUDO DEL PEAJE DE COCORA?

2.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

La Parte Demandante señaló que de acuerdo con lo previsto en el Contrato y conforme a la Estructura Tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje 0175 de 2015, instaló la Estación de Peaje de "Cocora" para que opere como recaudadora de las tarifas de peaje de los usuarios que transiten por sobre la Unidad Funcional 1 Ibagué – Cajamarca.

La Parte Demandante explicó que dicha Estructura Tarifaria se ha visto gravemente afectada porque la ANI no permitió la construcción y operación de la Caseta de Control para el recaudo del Peaje de Cocora, lo cual ha materializado el riesgo de elusión cargo de la ANI.

Para la Convocante, la mencionada Caseta de Control para el recaudo del Peaje de Cocora constituye un elemento esencial de la Estructura Tarifaria del Proyecto y siempre estuvo contemplada desde el trámite previo de la Iniciativa Privada –IP– que culminó con la celebración del Contrato, pues ella es un mecanismo idóneo para evitar la elusión.

La Contratista puntualiza que el proyecto cuya ejecución conforma el objeto del Contrato, se encuentra dividido en tres (3) Unidades Funcionales –UF–, a saber: ***(i)*** La UF1 corresponde a un tramo de 15 kilómetros, en el que debía construirse una segunda calzada unidireccional entre Ibagué y Cajamarca; ***(ii)*** La UF2, con longitud de 20 kilómetros, correspondía a la construcción de una segunda calzada unidireccional que de Cocora iría hasta Cajamarca; y, ***(iii)*** la UF3 consistía en el mantenimiento, la operación y la administración de la vía ya existente (Vía Nacional 4003) la cual, una vez entregada a la Concesionaria, sería unidireccional entre Cajamarca e Ibagué.

Agrega que la Caseta de Control de Peaje Cocora debía construirse y ponerse en operación una vez terminara la UF1 y hasta que finalizaran las obras de la UF2, pues mientras ello ocurriera la Vía Nacional 4003 seguiría siendo bidireccional y con ello se permitiría la elusión del Peaje Cocora.

Una vez entrara en operación la UF2, la vía nacional en mención (que hace parte de la UF3) se convertiría en unidireccional y ya no habría lugar al fenómeno de la elusión.

Como consecuencia de la suscripción de los Otrosíes No. 1 y 3 se anticipó la incorporación de la UF3 al proyecto de Concesión y, por ende, al tratarse de una vía bidireccional, permite que se presente el fenómeno de la elusión del Peaje Cocora al estar ya en operación la UF1.

Por ello, señala que con dichos otrosíes 1 y 3, quedó claro que ***(i)*** la Caseta de Control de Peaje de Cocora debía construirse una vez finalizada la UF1 y con ello

evitar la elusión de los usuarios que quisieran desplazarse utilizando esa vía desde Ibagué a Cajamarca; ***(ii)*** Los ingresos de la Caseta de Control pertenecían a la Concesionaria y formarían parte del VPIP acordado; y, ***(iii)*** los ingresos del peaje Cocora, ubicado en la Vía 4003, irían a la **ANI** y no harían parte del VPIP.

Sin embargo, la Concesionaria terminó y puso en operación las UF1 y empezó las actividades para la construcción y operación de la Caseta de Control del Peaje de Cocora, dirigida a recaudar las tarifas de peaje de los usuarios que transiten por el antes denominado Tramo 5 del Proyecto GIC en el sentido Cajamarca – Ibagué y aquellos que utilicen el mismo señalado e identificado segmento vial en el sentido Ibagué – Cajamarca, pero dichas obras debieron ser suspendidas por manifestaciones de la comunidad y por bloqueos realizados en la vía en junio del año 2022, y canceladas definitivamente en acatamiento de las decisiones adoptadas por la **ANI.** Lo anterior, connota que **APP GICA** ha dado cumplimiento a los requisitos previos para la puesta en funcionamiento de la Caseta de Control.

Señaló que en un principio la **ANI** le indicó que no compartió la posición de instalar y poner en funcionamiento la caseta de control de peaje, por considerar que aún no se habían cumplido determinados requisitos contractuales; que, sin embargo, cumplidos los mismos, el Concesionario le informó al Ministerio de Transporte y a la **ANI** que iniciaría la construcción, pondría en funcionamiento la Caseta de Control de Peaje “Cocora” y procedería al cobro de las tarifas establecidas por virtud de que la socialización respecto de su construcción, operación y cobro de tarifas ya había sido objeto de socialización**.** Empero, dijo que, al momento de darse inicio al presente proceso arbitral no se había recibido respuesta por parte del Ministerio de Transporte y la **ANI** instruyó a la Concesionaria para que se abstuviera de poner en operación la caseta de control de peaje y, por ende, de recaudar las tarifas de peaje para los usuarios que transitasen por el citado Tramo 5 en los sentidos Ibagué – Cajamarca y Cajamarca – Ibagué.

Como consecuencia de lo anterior, la Convocante concluye que se afectó la estructura tarifaria prevista en el Contrato; por razones no imputables a él, le fue imposible realizar parte del recaudo en el Peaje de Cocora; y, con ello se ha generado un menor valor de recaudo del peaje.

2.1.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La **ANI** acepta que, en efecto, no se ha instalado la Caseta de Control de Peaje de Cocora, pero señala que ello es consecuencia del incumplimiento de la Concesionaria, en cuanto no ha adelantado las gestiones y actividades necesarias para modificar la Resolución de Peaje 0175 de 2015.

Adicionalmente, la Convocada aduce que de acuerdo con lo previsto en la Cláusula Décima del Otrosí 3, se acordó que los mecanismos de compensación de riesgos solamente operarían cuando se termine la UF2, hecho que no ha ocurrido hasta la fecha, por lo cual no puede la Convocante formular reclamaciones por activación de riesgos, máxime si la terminación de la referida UF2 ha sido responsabilidad exclusiva del Concesionario.

La Entidad Estatal Contratante indica igualmente, que no se ha verificado la materialización del riesgo por la no instalación de la Caseta de Control, dado que el Contrato establece que no habrá compensación alguna durante los primeros 90 días y que a partir del día 91 la referida compensación está sujeta a que la Interventoría realice la verificación a través de unos equipos de conteo de tráfico que el Concesionario debe instalar, lo cual no tampoco ha tenido ocurrencia.

Según la **ANI,** además de que no se ha configurado el riesgo de elusión, debe admitirse que por definición contractual, dicho riesgo exige que el tráfico esperado se desvíe por una vía alterna nueva o no contemplada y que ello suceda por decisión de la **ANI,** nada de lo cual se tiene por cumplido en este caso, pues el tráfico existente atraviesa el mismo corredor concesionado ya existente (y no una vía alterna o nueva) y lo hace de conformidad con la definición que voluntariamente adoptaron las Partes.

2.1.3.- POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el Ministerio Público, en sentido similar a lo expresado por la **ANI,** a pesar de que es un hecho cierto que la Caseta de Control no se ha construido ni puesto en operación, las reclamaciones por ocurrencia de riesgos que eleva el Concesionario solamente podrán aplicarse a partir de la terminación de la UF2, esto es a partir de abril de 2024.

A este respecto, es decir acerca de la no terminación de la UF2, el Ministerio Público sostiene que la Concesionaria no *"ha presentado los estudios de la fase 3. Y, que si bien se suscribió un acta de entendimiento en octubre de 2016 para explorar una alternativa de reforma de diseños, este documento no constituye una modificación del contrato como claramente se señala en su ordinal cuarto, y tampoco una justificación o permisión legal para no dar continuidad o suspender el plazo acordado contractualmente para cada fase",* lo cual lleva a sostener que es responsabilidad de la Concesionaria no haber terminado la UF2.

Adicionalmente, puntualiza que la Concesionaria no ha realizado las gestiones ni suministrado los insumos necesarios para que pueda tramitarse la modificación de la Resolución de Peaje 0175 de 2015, por lo cual no puede pretender que se reconozca el riesgo de elusión si no se han cumplido los instrumentos contractuales previstos para el efecto.

2.2. ¿SE HA AFECTADO LA ESTRUCTURA TARIFARIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DE 2015 COMO CONSECUENCIA DE LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO A CARGO DE LA ANI DE CREAR O ADOPTAR TARIFAS DIFERENCIALES O DE EXENCIONES EN FAVOR DE GRUPOS POTENCIALES DE USUARIOS DEL SISTEMA VIAL GICA, OBJETO DEL CITADO CONTRATO?

2.2.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

La Concesionaria sostiene que la creación o adopción de tarifas diferenciales o de exenciones en favor de grupos potenciales de usuarios del Sistema Vial GICA, materializan un riesgo en cabeza de la ANI y ello que constituye motivo para que se disponga la activación de los mecanismos de compensación y si ellos son insuficientes para su mitigación o compensación, se proceda a la terminación del Contrato.

La Parte Convocante señala que efectivamente ya en curso de este proceso arbitral, el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 1025 de 2023 que creó tarifas diferenciales en favor de algunos de los usuarios afectados por la construcción de la UF1 y la UF2 e indicó que, si bien es cierto el recorte de las tarifas no es sustancial, puesto que en sí mismo no genera un alto impacto en el Contrato, de todas maneras se trata de un fenómeno que, aunado a los anteriores, en conjunto, sí genera una materialización del riesgo a cargo de la ANI.

2.2.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La **ANI** afirma que no se ha materializado el riesgo. Para la Convocada, a la luz del Contrato, el riesgo se entiende materializado cuando efectivamente se ha concretado, esto es, cuando es real, cierto y actual. Para ello, existen mecanismos e instrumentos que permiten determinarlo y compensarlo, pero siempre que se haya materializado, cosa que no ha ocurrido en el presente caso.

Pone de presente que quedó acreditado en el proceso que, si bien existe una Resolución que establece tarifas diferenciales y se encuentra vigente, a la fecha de elaboración del dictamen aportado por el Concesionario ese acto administrativo no se estaba aplicando, por lo cual el riesgo no se ha materializado por este concepto.

2.3.- ¿LA MATERIALIZACIÓN DE LOS ANTERIORES RIESGOS A CARGO DE LA ANI GENERAN, CONSECUENCIALMENTE, LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO DE IMPOSIBILIDAD PARCIAL DEL RECAUDO EN EL PEAJE DE COCORA POR RAZONES NO IMPUTABLES AL CONCESIONARIO?

2.3.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

La Convocante señaló que en la sección 13.3 de la Parte General del Contrato de Concesión relaciona los riesgos que están en cabeza de la **ANI,** dentro de los cuales se encuentra el descrito en la letra (g), así: *“Los efectos desfavorables derivados de que, por razones no imputables al Concesionario, se haga imposible la instalación de las Estaciones de Peaje nuevas indicadas en el Apéndice Técnico 1, o en general, se haga imposible el recaudo en las Estaciones de Peaje. Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General”.*

La Convocante destacó que las Partes con el Contrato de Concesión y la suscripción de los Otrosíes No. 1 y 3, pactaron la instalación de una nueva Caseta de Peaje “Cocora” y la inclusión de una caseta de control del mismo en la vía

existente del Proyecto. De igual forma, señaló que como fue aceptado por la Interventoría, l*a financiación del proyecto se obtiene a partir de una estructura de ingresos que tiene su origen principal y sustancial en el cobro de peajes por el uso de la Infraestructura, de manera que al momento de presentarse una situación que altera la estructura que origina los recursos y se imposibilita su recaudo, el contrato se encuentra en riesgo y al no contar con la disponibilidad de los recursos se afecta la ecuación económica del contrato.*

En consecuencia, señaló que la **ANI,** por manifestaciones escritas y habladas ante los medios de comunicación y la comunidad misma, puso en riesgo el efectivo recaudo del cobro de las tarifas de peaje de la nueva Caseta de Peaje de “Cócora” y de la caseta de control de peaje contempladas en el Otrosí No. 3 del Contrato de Concesión y, por lo tanto, generó la imposibilidad parcial del recaudo en el citado Peaje de Cocora por razones no imputables al concesionario.

2.3.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Parte Convocada señaló que la ejecución del Contrato de Concesión es a cuenta y riesgo de **APP GICA**, por lo que es debe ella la que debe asumir los efectos favorables o desfavorables de la ejecución del proyecto, dentro de los límites establecidos en el Contrato mismo; dijo que el Originador fue quien en el marco de sus obligaciones legales estableció y definió para el Contrato los mecanismos de tipificación y asignación de riesgos previsibles, que posteriormente debieron surtir los trámites de ley ante las instancias nacionales correspondientes para poder ejecutar el proyecto.

Advirtió la Convocada que en la ejecución del Contrato no se no se ha materializado ningún riesgo a su cargo y por lo tanto no se ha configurado un menor recaudo que le sea imputable.

2.4.- ¿LA MATERIALIZACIÓN DE LOS ANTERIORES RIESGOS A CARGO DE LA ANI PERMITE ACTIVAR Y APLICAR LOS MECANISMOS DE COMPENSACIÓN DE RIEGOS PREVISTOS EN EL CONTRATO POR EL MENOR VALOR DE RECAUDO DEL PEAJE Y, SI ELLOS NO FUEREN SUFICIENTES EN EL PRESENTE CASO, SE PODRÁ PARA DISPONER LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO?

Las posiciones asumidas por las Partes en torno a este aspecto se pueden resumir en los siguientes términos:

MECANISMO DE COMPENSACIÓN DEL RIESGO	POSICIÓN DE LA CONVOCANTE	POSICIÓN DE LA CONVOCADA
Subcuenta de Excedentes **ANI**	No aplica por cuanto ellos pertenecen a la Convocada y no fueron	Parte de la base de que el riesgo no se ha materializado, por lo que

	contractualmente previstos para cubrir el VPIP. Por lo demás, a hoy no hay dineros en esa subcuenta y se necesitarían, de acuerdo con el dictamen, traslados por valor de $388.854'826.360,oo, hasta la fecha de terminación probable del Contrato.	no es viable acudir a este mecanismo. Adicionalmente, señala que en la mencionada subcuenta no hay recursos por el incumplimiento contractual de la Convocante ante la no construcción de la UF2 y la instalación de la Caseta de Peaje Cocora en el sentido Cajamarca – Ibagué.
Incremento de Tarifas de Peaje o Creación de nuevos Peajes	No ha habido la menor muestra de la **ANI** de proceder con este mecanismo.	Parte de la base de que el riesgo no se ha materializado, por lo que no es viable acudir a este mecanismo. Y, en todo caso, agrega que resulta incierto que los hechos alegados por la Convocante se extiendan durante todo el tiempo que falta para la finalización del plazo del Contrato.
Recorte del Alcance del Contrato	La **ANI** renunció tácitamente a modificar el alcance del Contrato. Previo a la presentación de la demanda se le requirió y guardó silencio.	Parte de la base de que el riesgo no se ha materializado, por lo que no es viable acudir a este mecanismo. Y, en todo caso, estima que resulta incierto que los hechos alegados por la Convocante se extienda durante todo el plazo que falta de ejecución del Contrato.
Incremento del término del Contrato	Hay imposibilidad legal, pues el plazo máximo se superaría y de acuerdo	Parte de la base de que el riesgo no se ha materializado, por lo cual no es viable acudir a este

	con el dictamen se necesitarían más de 67,2 meses adicionales que es lo que se permite en este caso.	mecanismo. Y, en todo caso, resulta incierto que los hechos alegados por la Convocante se extiendan durante todo el plazo de duración que resta para la finalización del Contrato.
Terminación Anticipada del Contrato	Es la única opción aplicable, al no poderse acudir a los demás mecanismos.	No es aplicable. La Concesionaria no logró acreditar en el proceso la existencia de los riesgos efectivamente materializados, y en tal virtud, no existe prueba de la insuficiencia de los mecanismos de compensación para compensar riesgos que a la fecha no se han causado, por lo cual no resulta posible aplicar el quinto remedio previsto en la cláusula 3.4 (h) (viii) de la parte general del Contrato 002 de 2015. Adicionalmente, señala que la fórmula de liquidación aplicada por el perito Bonus es incorrecta, pues es la que corresponde a la etapa de operación y funcionamiento, al paso que otra es la que corresponde a la etapa de construcción, que es la aquella en la cual se encuentra actualmente el Contrato No. 002 de 2015.

Antes de abordar el examen de cada uno de los problemas jurídicos que han quedado señalados y contrastarlos con los medios de convicción que se han allegado en debida forma al expediente, para definir entonces la solución que en

Derecho corresponde a cada uno de ellos, el Tribunal considera necesario efectuar algunas consideración en relación con algunos temas que sin duda resultan importantes para configurar el marco jurídico teórico de referencia, dentro del cual haya lugar a la adopción de las soluciones correspondientes.

3.- EL TIPO Y NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 de 2015, FUENTE DE LAS CONTROVERSIAS SOMETIDAS A CONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Tal como ha quedado relatado, el denominado Contrato No. 002 de 2015, celebrado el 12 de febrero de 2015, según iniciativa de su Contratista u originador, la sociedad hoy Convocante **APP GICA S.A.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–,** tiene el siguiente objeto:

> *"Realizar los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental de la segunda calzada de la vía Ibagué – Cajamarca; y la operación y mantenimiento del sistema vial Variante Chicoral, Variante Gualanday, Gualanday – Ibagué, Gualanday – Espinal, Variante Picaleña, Ramal Norte y trazado existente Ibagué – Cajamarca".*

El Tribunal no vacila en señalar que el objeto de dicho Contrato y, en general, su contenido, tal como lo tienen aceptado las Partes sin que el punto haya sido materia de controversia, encuadra perfectamente dentro de la regulación consagrada en la Ley 1508 expedida en 2012 "[p]*or la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones",* la cual tipifica esa clase de relaciones contractuales en los términos de su artículo 1º, así:

> ***"ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN.*** *Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio".*

Tampoco le asisten dudas al Tribunal en cuanto a la naturaleza del referido Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 02 de 2015, la cual es la de un Contrato Estatal, categoría definida en el inciso inicial del artículo 32 de la Ley 80 expedida en 1993, norma que al adoptar la mencionada clasificación de los 'contratos estatales' determina que pertenecen a dicha categoría todos aquellos que celebren las denominadas 'entidades estatales' que ese mismo cuerpo normativo define en la letra a)[18] del numeral 1º de su artículo 2º, independientemente de que se trate de

[18] Así reza la letra a) del numeral primero (1º) del mencionado artículo 2 de la Ley 80:
"ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. *Para los solos efectos de esta ley:*

contratos ***(i)*** que se encuentren tipificados en la propia Ley 80; ***(ii)*** que correspondan a contratos previstos en el derecho privado; ***(iii)*** que se encuentren contemplados o regulados mediante regímenes especiales; o, ***(iv)*** incluso, que se trate de vínculos obligacionales resultantes del diseño o la estructuración que les impriman sus partes en virtud de la autonomía de la voluntad, dentro de los cuales suelen tener cabida los innominados y los atípicos, de conformidad con los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.*** *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (…)".* (Se deja subrayado).

De la norma legal en cita se desprende que en cuanto la ley adoptó el criterio subjetivo u orgánico, en el cual prima la naturaleza del sujeto u órgano que concurre a la celebración del respectivo contrato, deben tenerse como 'contratos estatales' todos aquellos que celebren las legalmente definidas 'entidades estatales', lo cual, a su vez, significa también que para que un determinado contrato pueda o deba tenerse como estatal, necesariamente se requiere que en uno de sus extremos se encuentre como parte, al menos, una 'entidad estatal'.

La Jurisprudencia Nacional y en particular aquella del Consejo de Estado, ha efectuado amplios desarrollos acerca de la clasificación de los 'contratos estatales', según lo reflejan múltiples pronunciamientos del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Colombia, como el que, entre muchos otros, contiene la providencia a cuya transcripción en lo pertinente se procede, fechada en enero 30 de 2008, expediente No. 32.867, mediante la cual se puntualizó:

> *"A partir de la vigencia de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el ordenamiento positivo adoptó la categoría del contrato estatal, el cual –al margen de los reparos que amerita la definición contenida en la parte inicial de su artículo 32–, se encuentra legalmente definido como aquel acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurra una de las entidades estatales que menciona el artículo 2º ibidem*[19]*,*

"1o. ***Se denominan entidades estatales:***
"a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como ***las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles".*** (Se deja resaltado).

[19] *Así reza el artículo 2º de la Ley 80:*
"Artículo 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad como suele suceder con los que se clasifican como atípicos e innominados (artículo 32, Ley 80).

"Así pues, la Ley 80 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal.

*"Ahora bien, a propósito de la expresión "**contratos estatales**" (artículos 8-2, 11, 13, 27, 28, 32, 39, 40, 70, entre otros), que la propia Ley 80 asimila y equipara con las de "**contratos del Estado**" (artículos 41 y 44, entre otros) y "**contratos de las entidades estatales**" (artículos 1, 6, 8-1, 13, 32-1, 32-2, 32-3, 32-4, 39, 66, entre otros), la cual dio lugar al surgimiento de la clasificación que lleva su nombre, cabe señalar que por diversas razones –tales como su sentido natural y obvio, su amplia aceptación, su vasta comprensión, su permanente utilización–, tuvo una dinámica tal que incluso ha determinado su utilización por normas que en modo alguno la circunscriben a los específicos contratos de que se ocupa el estatuto de contratación estatal[20] o a los cuales le sean aplicables, total o parcialmente, sus disposiciones, por manera que manteniendo el señalado criterio subjetivo u orgánico, las expresiones, equivalentes entre sí, de "contratos estatales", "contratos del Estado" o "contratos de las entidades estatales", se han extendido a tal punto que en la actualidad integran un verdadero género que se encuentra conformado por todos aquellos contratos en los cuales interviene como parte una entidad pública o estatal, sin que dicha categoría pueda reducirse a los*

"1o. Se denominan entidades estatales:
"a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.
"b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.(...)".

[20] "Precisamente en ese sentido amplio cabe entender la expresión "contrato estatal" que utiliza el artículo 32 de la Ley 446, mediante el cual se modificó el artículo 87 del C.C.A., al igual que la expresión "contratos de las entidades estatales" que aparece en el numeral 5 del artículo 132 del mismo C.C.A., modificado por el artículo 40 de la citada Ley 446".

contratos de que se ocupa específicamente la Ley 80 (artículo 32) o en cuya celebración participa una de las entidades que ese estatuto contractual define como estatales (artículo 2), puesto que éstos últimos contratos –estatales propiamente dichos–, apenas si corresponden a una de las especies de ese género.

"Así lo ha señalado la Sala en diversos pronunciamientos anteriores, dentro de los cuales destaca la Sentencia pronunciada en agosto 20 de 1998, en la cual se precisó:

'… … el legislador decidió crear una única categoría que comprenda a todos los negocios jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, los cuales deben ser regulados y regidos por la autonomía de la voluntad como principio rector, por la protección del interés público y por el estricto manejo y vigilancia de los recursos fiscales que se comprometen en su celebración.

"Coherente desde el punto de vista de semántica jurídica con el órgano público contratante, se acuñó la categoría "contratos estatales", los cuales, de conformidad con el art. 32 de la ley 80 de 1993, son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales que el mismo ordenamiento enumera.

'(…)

'4.1.3. A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

'1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

'2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido.

> *De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría "contratos estatales" no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:*
>
> *'1º Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993.*
>
> *'2º Contratos estatales especiales"[21].*
>
> *"También importa destacar que la clasificación de estatal, respecto de un determinado contrato, no determina, per se, el régimen legal que deba aplicársele al mismo, puesto que resulta perfectamente posible, incluso en relación con contratos estatales propiamente dichos, que las normas sustanciales a la cuales deba someterse la relación contractual sean aquellas que formen parte del denominado derecho privado, sin que por ello pierda su condición de estatal, así como también puede resultar –como ocurre con la generalidad de los casos–, que el régimen jurídico correspondiente sea mixto, esto es integrado tanto por normas de derecho público como de derecho privado[22]."[23]*

De idéntica manera, en el fallo de febrero 13 de 2013, radicación No. 76001-23-31-000-1999-02622-01, expediente No. 24.996, el Honorable Consejo de Estado sostuvo:

> *"Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de*

---

[21] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 20 de 1998. Radicación No. 14202. Actor: Universidad del Tolima. Magistrado Ponente, Dr. Juan de Dios Montes Hernández.
[22] Cf. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de septiembre 23 de 1997. Expediente S-701-Contractual. Actor: Diego Giraldo Londoño. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

[23] Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia fechada en enero 30 de 2008. Expediente No. 32.867.

esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

"De este modo, ***son contratos estatales 'todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado,*** *ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales' (…)."* [24] *(Negrilla fuera del texto)".*

"De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

"Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

"Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato (…)"[25]*.*

4.- RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DE 2015

Dado que el Contrato en estudio encaja en la tipificación que recoge la citada Ley 1508, se impone señalar que está sometido a la regulación que la misma contiene según lo determina el inciso 1º de su artículo 3º, normativa especial que está llamada a prevalecer, sin perjuicio de anotar que en lo no previsto en ese cuerpo legal y en forma residual deberán aplicarse las disposiciones contenidas en la Ley 80 expedida en 1993, así como las normas de la Ley 1150 promulgada en 2007, *"por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993" y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación*

---

[24] *Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.*

[25] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada en febrero 13 de 2013. Radicación No. 76001-23-31-000-1999-02622-01; expediente No. 24996. Actor: CARLOS ARTURO CAMPO. Demandado: EMCALI E.I.C.*

con Recursos Públicos", todo de conformidad con los mandatos del inciso 4º del mismo artículo 3º.

Así reza, en lo pertinente, el citado artículo 3 de la Ley 1508:

> ***"ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley es aplicable a todos aquellos Contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados,*** *o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento,* ***actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.***
>
> *"También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.*
>
> *"En estos Contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.*
>
> *"Los procesos de selección y* ***las reglas para la celebración y ejecución de los Contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley".*** (Se deja resaltado en negrillas).

A su turno, la Ley 80, al determinar cuál es la normativa aplicable a los contratos estatales, mediante su artículo 13 señala que deben regirse, en primer lugar, por las disposiciones especiales contenidas dentro de la misma Ley 80 y en aquello que no regulen sus normas se dará aplicación entonces, en su orden, a las disposiciones comerciales y civiles, así:

> ***"ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES.*** *Los Contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley…*
>
> *"Los Contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera".*

En igual sentido, importa destacar que por expreso mandato del inciso 1º del artículo 4º de la Ley 1508, al Contrato No. 002 de 2015 que aquí se examina le son aplicables los principios que inspiran y orientan la función administrativa –en clara

y directa referencia a los Principios que consagra la Constitución Política en su artículo 209[26]– y los criterios de sostenibilidad fiscal:

> ***"ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS GENERALES.*** *A los esquemas de Asociación Público Privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.*
>
> *"Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.*
>
> *"Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio".*

En relación con la norma legal transcrita resultan perfectamente armónicos los desarrollos jurisprudenciales que han puesto de presente la importancia y la necesidad, dado su carácter imperativo y supremo, de dar aplicación a los Principios Constitucionales en todos los ámbitos de la Contratación Estatal, independientemente del régimen legal al que deba someterse cada Contrato en particular; así lo refleja la providencia que expidió el Honorable Consejo de Estado en agosto 29 de 2007, expediente 15.324.[27]

---

[26] ***"ARTICULO 209.*** *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*
"Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "Derecho Administrativo", 14ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005, Pág. 236.

2. *Con arreglo a los postulados del artículo 4º constitucional, a cuyo tenor "la Constitución es norma de normas" y "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales", resulta claro que la Constitución como norma de jerarquía superior, así como los principios que de ella emanan, se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, incluidas tanto en las leyes y los actos que se asimilan a ella, como también, todos los demás actos jurídicos[27], de tal suerte que no pueden concebirse sino con base en los principios constitucionales.*

"La Carta Suprema en su artículo 209[27] ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado…

5.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA APP No. 002 DE 2015 Y LAS MODIFICACIONES QUE LE FUERON INTRODUCIDAS

Como se señaló por parte de la Convocada, a la celebración del que terminó siendo el referido Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015, de iniciativa privada que se puso a consideración de la **ANI** en marzo 7 de 2012, según Comunicación No. 2012-409-006597-2, Entidad Estatal que manifestó su interés acerca de tal iniciativa y solicitó información adicional (oficio No. 2012-409-007092-1 de junio 6 de 2012), a partir de cuyo recibo en julio 30 de 2012 (oficio No. 2012-409-021476-2) emprendió su análisis detallado y la sometió a los trámites y a las evaluaciones que para esta clase de contratación establecen de manera particular la Ley 1508 y sus normas reglamentarias.

En ese sentido, importa destacar que la evaluación minuciosa de la aludida iniciativa de origen privado y sus correspondientes soportes y desarrollos dio lugar a muy variados y significativos pronunciamientos por parte de diversas autoridades que se ocuparon de realizar su examen de manera pormenorizada, tal como lo reflejan, entre otras, las siguientes actuaciones:

i).- La propia **ANI** expidió la Resolución No. 880 de diciembre 19 de 2012, a través de la cual conceptuó favorablemente en relación con la aludida Asociación Público Privada de Iniciativa Privada –APP IP–, y fijó el término dentro del cual el originador particular presentó los diferentes elementos técnicos, jurídicos y financieros de la propuesta (oficio con radicación No. 2013-409-010767-2 de marzo 19 de 2013).

ii).- Oficio con Radicación No. 2014-409-0551902 de noviembre de 2014, mediante el cual el **Ministerio de Transporte** hizo referencia concreta al concepto de análisis de riesgos del proyecto;

iii).- El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público,** según oficio con Radicación No. 2014-409-055415-2, en noviembre 10 de 2014 impartió su aprobación a la valoración de las respectivas obligaciones contingentes;

iv).- Por su parte el **Departamento Nacional de Planeación –DNP–,** se pronunció de manera favorable acerca de la justificación existente en este caso para acudir a la modalidad de Asociación Pública Privada de Iniciativa Privada –APP IP–;

v).- El **Consejo de Ministros,** por presentación que le efectuó el **Ministerio de Transporte,** también emitió su concepto favorable a la ejecución del proyecto originado en la referida iniciativa privada;

vi).- El **Comité de Contratación** de la misma **ANI,** según lo recoge el Acta No. 78 de su sesión en noviembre 10 de 2014, manifestó su recomendación en el sentido de aprobar la Etapa de Factibilidad de la propuesta en examen;

vii).- De la misma manera, la **Oficina Asesora de Planeación** del ente rector del sector de la infraestructura, **Ministerio de Transporte,** tal como obra en la comunicación con radicación No. 2014-409-055567-2 de 11 de noviembre de 2014, complementó el concepto emitido en el oficio 20141210398341 dentro del cual indicó que la matriz de riesgos correspondiente al proyecto en estudio cumplía con las directrices y lineamientos que en esa materia obran en los documentos CONPES 3107 de 2001, 3133 de 2001 y 3714 de 2011.

viii).- En noviembre 13 de 2014, el **Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES–,** también impartió su concepto favorable acerca de la propuesta correspondiente, con el fin de que el Contrato pudiera tener un plazo superior al previsto en el artículo 6[28] de la citada Ley 1508.

ix).- La **Vicepresidencia de Estructuración** de la **ANI** comunicó al originador de la iniciativa (oficio con radicación No. 2014-702-022223-1) que *"… agotadas las etapas de Prefactibilidad y Factibilidad establecidas en la Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios, y* ***efectuada la evaluación de los aspectos Técnicos, Financieros y Jurídicos del proyecto*** *por parte del* ***Consultor Evaluador contratado por la ANI,*** *los cuales fueron verificados por la* ***Vicepresidencia de Estructuración*** *y la* ***Vicepresidencia Jurídica de la Entidad,*** *se considera que la iniciativa presentada cumplió a cabalidad con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012 … Por lo anteriormente expuesto … la Agencia Nacional de Infraestructura considera que la propuesta en Etapa de Factibilidad del Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada … es VIABLE y acorde con los intereses y políticas públicas (...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 …",* (se deja resaltado) ante lo cual el originador privado expresó su aceptación a los términos y condiciones de la aprobación de la factibilidad del proyecto (oficio con radicación No. 2014-409-056596-2).

x).- La **ANI,** en cumplimiento de los mandatos consagrados en el artículo 19[29] de la Ley 1508, hizo la publicación, a través del Sistema Electrónico para la

---

[28] ***"ARTÍCULO 6o. PLAZO DE LOS CONTRATOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA.*** *Los Contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas.*
"6.1 Cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto en el inciso anterior, podrán celebrarse Contratos de asociación público privadas siempre que cuente con el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES".

[29] ***"ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS.*** *Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del Contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública "SECOP".*

Contratación Pública –SECOP–, tanto del acuerdo concluido entre esa Entidad Estatal acerca del proyecto correspondiente y el originador de la iniciativa, como de *"… los estudios y la minuta del Contrato y sus anexos …".*

xi).- La misma **ANI,** ahora Convocada, en enero 15 de 2015 expidió la Resolución No. 151 mediante la cual adjudicó el Contrato de Concesión bajo la modalidad de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada –APP IP–.

xii).- El día 12 de febrero de 2015, entre la hoy Convocada **ANI** y la sociedad Convocante **APP GICA S.A.,** se celebró el Contrato No. 002 de 2015.

Como queda visto, fue largo, complejo y dispendioso el procedimiento que se surtió para lograr la formación de la voluntad contractual de la Entidad Estatal Contratante que, a su vez, permitió la concreción del consentimiento de las Partes que finalmente derivó en la celebración y el consiguiente perfeccionamiento del Contrato de la referencia, cuyas características y especificidades de orden técnico, financiero y jurídico fueron materia de las más detalladas revisiones, exámenes y análisis por parte de múltiples instancias y autoridades administrativas, con lo cual se dio aplicación a los Principios de Constitucionales de que trata el artículo 209[30] de la Carta Política, ente los cuales están los de moralidad, eficacia y economía, así como el de planeación, amén de que tales especificidades y características del proyecto que igualmente corresponden al Contrato celebrado, fueron dadas a conocer públicamente con el propósito de garantizar, frente a cualquier interesado que opere en el mercado, la efectividad de los igualmente constitucionales principios de igualdad, imparcialidad, libre iniciativa privada y los de transparencia, responsabilidad, libre concurrencia y selección objetiva.

Procederá ahora el Tribunal a evaluar las modificaciones introducidas al Contrato en referencia, mediante Otrosíes, ya que son elementos dispositivos que tienen alto grado de significación en la litis que se le ha sometido a su decisión.

A través de seis (6) documentos contractuales identificados por su número de orden consecutivo como Otrosí 1, Otrosí 2, Otrosí 3, Otrosí 4, Otrosí 5 y Otrosí 6, las Partes convinieron e incorporaron algunas modificaciones a los términos del Contrato inicial, según la síntesis de los aspectos más destacados que acerca de tales acuerdos se registra a continuación:

"En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un Contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.
"Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas".

[30] ***"ARTICULO 209.*** *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".*

5.1.- OTROSÍ No. 1, DE OCTUBRE 6 DE 2016

- Se acordó sustituir la ejecución de los túneles identificados con los números 1 y 2 de la Unidad Funcional 1 –UF1– (Combeima – Valle del Cocora), por otras obras en los subsectores 2 y 3 de dicha UF1.

  Se precisó que los estudios y diseños de dichas obras, así como su ejecución, correrían por cuenta y riesgo del Concesionario.

  También se convino que las obras de la calzada derecha de los subsectores 2 y 3 harán parte ahora de la Unidad Funcional 2 –UF2–.

- En lugar de Túneles se acordó la construcción de un sistema de doble calzada.

  Previo a la suscripción del otrosí No. 1, la Interventoría expresó que la solución planteada en los subsectores 2 y 3 no modificó las *"condiciones iniciales del Contrato de Concesión en su VPIP y TIR, garantizándose el equilibrio económico".*

La **Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–** modificó la licencia ambiental respecto de la nueva solución de los subsectores 2 y 3 de la UF1.

5.2.- OTROSÍ No. 2, DE ENERO 2 DE 2019

Se modificaron algunas cláusulas del Apéndice Financiero 2 del Contrato; específicamente las relacionadas con la cesión de la Concesionaria a sus financiadores, del 100% de la retribución y de la compensación especial.

5.3.- OTROSÍ No. 3, DE AGOSTO 23 DE 2019

- Se acordó modificar el plazo de construcción de los Subsectores 2 y 3 de la UF1, a los que se refiere el otrosí No. 1, específicamente en lo que toca con la calzada derecha.

5.4.- OTROSÍ No. 4, DE AGOSTO 3 DE 2020

- Se acordó sustituir la obra del "túnel 3" por una vía a cielo abierto que permitiría poner en funcionamiento los subsectores 2 y 3 de la UF2.

  Previo a la suscripción del otrosí No. 4, la Interventoría expresó que la solución planteada para la calzada derecha no modificó las *"condiciones iniciales del Contrato de Concesión en su VPIP y TIR, garantizándose el equilibrio económico".*

5.5.- OTROSÍ No. 5, DE ABRIL 5 DE 2021

- Se modificó la fecha de entrega de la Unidad Funcional 3 –UF3–, por parte de la **Concesionaria San Rafael** a **APP GICA S.A.**

No se agregaron ni se sustituyeron obras.

5.6.- OTROSÍ No. 6, DE JULIO 24 DE 2021

- Se adicionaron y/o se modificaron algunas de las definiciones del Capítulo I de la Parte General del Contrato, en particular en cuanto corresponde a los conceptos de *"Deducciones", "Predio o Predio Requerido", "Predios Faltantes", "Adjudicación de Predios", "Autoridad Estatal", "Cesión de Predios", "Índice de Cumplimiento Predial", "Oferta Formal de Compra de Predios", "Periodo de Exclusión 1", "Período de Exclusión 2", "Período de Exclusión 3", "Predio Adquirido", "Retención".*

- Se introdujeron modificaciones en cuanto al procedimiento de verificación de las unidades funcionales.

- Se adoptaron estipulaciones relacionadas con las obligaciones contractuales referidas a la gestión predial.

- Se modificó la Sección 4.3 (a) de la Parte Especial del Contrato con la inclusión de una variable en la fórmula del cálculo de la retribución.

No se agregaron ni se sustituyeron obras.

6.- SOBRE LA MODIFICACIÓN O REFORMA DE LOS CONTRATOS

Resulta frecuente y aun necesario que, en múltiples oportunidades, tanto en el derecho privado como en el derecho público, después de celebrados los Contratos sean modificados o reformados y, por esa razón, su ejecución final no necesariamente coincide o resulta exacta con aquellas previsiones inicialmente establecidas y acordadas por las partes.

Esa práctica, además de encontrar soporte en expresas regulaciones legales que incluso en el campo de la contratación pública la autorizan, ha sido explicada y justificada por la Jurisprudencia nacional, tal como en su momento lo expuso la Corte Constitucional en su Sentencia C-300-12.[31]

Por regla general, la posibilidad de modificar, adicionar o alterar los Contratos válidamente celebrados, depende de la voluntad de las Partes, a la cual el ordenamiento vigente les atribuye los efectos propios de una ley para sus partes,

---

[31] *2.6.1* ***Por regla general, los Contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado,*** *a los cuales sirve el Contrato[31]. Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a las entidades contratantes a modificar los Contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para "(…) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación", entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001[31],* ***la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los Contratos –como especie de modificación– pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal[31]."[31].*** (Se han agregado las negrillas).

quienes son las llamadas en primer lugar a invalidar, adicionar o modificar sus acuerdos a través de su propio consentimiento que, dentro de las estrictas limitaciones constitucionales, legales y de orden público y buena administración, dispone que en los Contratos estatales y, entiéndase, en sus modificaciones, se podrán incluir las estipulaciones que las partes consideren necesarias o convenientes para para el logro de sus objetivos.

En efecto, el artículo 40 de la mencionada Ley 80 dispone:

> ***"Artículo 40.- Del Contenido del Contrato Estatal****. Las estipulaciones de los Contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*
>
> *"Las entidades podrán celebrar los Contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*
>
> *"En los Contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración".*

Lo anterior se ratifica con lo previsto en, el artículo 1602 del Código Civil, cuyo texto reza:

> ***"ARTICULO 1602.*** *Todo Contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*.

En consonancia con lo anterior, el mismo Código Civil, a la altura de su artículo 1625, establece el consentimiento mutuo de los contratantes como la primera de las causales de extinción de las obligaciones, así:

> ***"ARTICULO 1625.*** *Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula".*

En ese mismo sentido, cobran destacado significado las normas legales que, como el artículo 1494 del Código Civil, determinan que las obligaciones nacen, entre otras causas, del concurso de la voluntad de dos o más personas; el artículo 1495 de ese mismo cuerpo normativo determina que el Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga –por su voluntad, debe entenderse– a dar, hacer o no hacer alguna cosa y la disposición que recoge el artículo 1501 del mismo Estatuto Civil, según la cual son de la esencia de un Contrato –como el consentimiento o la

voluntad de las partes– aquellas cosas sin las cuales no produce efecto alguno, de conformidad con los siguientes textos:

> ***"ARTÍCULO 1494.*** *Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los Contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi Contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".* (Se ha subrayado).

Esas disposiciones legales coinciden plenamente con la definición de Contrato que adoptó el Código de Comercio a la altura de su artículo 864, según el cual:

> ***"ARTÍCULO 864.*** *El Contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta (...)".*

Como puede apreciarse, las normas legales mencionadas evidencian, en primer lugar, que los Contratos válidamente celebrados y sus modificaciones producen efectos vinculantes para sus partes y, por tanto, su celebración genera para aquellas la obligación de cumplirlos en debida y oportuna forma; en segundo lugar, las mismas partes pueden modificar o dejar sin efectos sus propias estipulaciones –siempre, claro está, ***(i)*** que se trate de derechos disponibles; ***(ii)*** que cuenten con capacidad para ello; y, ***(iii)*** que se cumplan los requisitos formales que las normas exijan según la materia–, lo cual supone entonces que así como las partes del Contrato pueden extinguir o dejar sin valor sus acuerdos, naturalmente también pueden modificarlos o alterarlos en la forma en que ellas lo convengan, de manera libre y voluntaria, en virtud de la autonomía de su voluntad, lo anterior por la sencilla razón de que si los Contratos son el fruto de un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, será un acuerdo de voluntades entre esas mismas partes el que, por principio, está llamado a modificarlo, alterarlo, revocarlo o extinguirlo.

Ahora bien, efectuadas las anteriores evaluaciones de tipo general, procede el Tribunal a analizar el régimen previsto para efectuar modificaciones al Contrato de Concesión 002/2015.

La Sección 19.1 de la Parte General del Contrato de Concesión establece la posibilidad de que ese Contrato de Concesión, incluidos sus apéndices técnicos, sean modificados por acuerdo escrito entre las Partes, así:

> ***"El Contrato junto con sus Apéndices no podrá ser modificado sino por acuerdo escrito debidamente firmado por representantes autorizados de las Partes*** *y con el*

> *cumplimiento de los requisitos que impone la Ley Aplicable, sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a la modificación unilateral del mismo por parte de la ANI en los términos de este Contrato y la Ley Aplicable. En cualquier Etapa de ejecución del Contrato, la ANI podrá solicitar al Concesionario la desafectación de cualquier tramo o tramos del Proyecto, siempre y cuando cuente con los recursos suficientes y así lo ameriten las condiciones reinantes, para lo cual se harán los ejercicios financieros correspondientes*". (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, respecto de las modificaciones a las especificaciones técnicas, el mismo Contrato en su Sección 4.12 (a) de la Parte General, prevé:

> *"El Concesionario deberá proponer a la ANI –con copia al Interventor– las modificaciones necesarias a las Especificaciones Técnicas, siempre que éste encuentre que: (i) Alguna de los Especificaciones Técnicas le impiden cumplir con las obligaciones de resultado previstas en el Contrato de Concesión, o (ii) Cuando el Concesionario encuentre que existe incompatibilidad o contradicción entre dos o más Especificaciones Técnicas, o (iii) Cuando alguna de las Especificaciones Técnicas obliga a la realización de alguna actividad expresamente prohibida por la Ley Aplicable*".

Esta regulación contractual fue la que permitió a las Partes convenir y ejecutar los Otrosíes de que atrás se da cuenta y en especial la iniciativa asignada al Concesionario para proponer modificaciones, así como el procedimiento para efectuarlas, el cual fue debidamente atendido por los contratantes.

7.- LOS LÍMITES A LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

No obstante la amplitud general que caracteriza la aplicación de las normas legales antes referidas en el campo de los Contratos de derecho privado celebrados entre particulares,[32] ha de señalarse que ello no opera de la misma manera y/o con la misma flexibilidad en el terreno de los Contratos Estatales, entre otras razones de importancia, por las limitaciones que provienen y/o emanan tanto del interés general cuya satisfacción se encuentra –y necesariamente debe encontrarse– envuelta en el objeto mismo del respectivo Contrato y su consiguiente ejecución, como en la necesidad de respetar y asegurar la efectividad de Principios Constitucionales ya

[32] Se hace la precisión acerca de "los Contratos de derecho privado celebrados entre particulares", porque en el ordenamiento actualmente vigente también es posible identificar múltiples Contratos estatales que, por disposición legal, se rigen por normas del derecho privado y, por tanto, no están sometidos a los dictados del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, amén de que será necesario que a su celebración haya concurrido una Entidad Estatal, casos estos en los cuales, por mandato de los artículos 4 de la Carta Política y 13 de la Ley 1150 expedida en 2007, de todas maneras les serán aplicables los Principios Constitucionales que rigen el ejercicio de la función administrativa consagrados en el artículo 209, como son los de Igualdad, Moralidad, Economía, Imparcialidad y Publicidad, entre otros.

enunciados y las limitaciones especiales de que tratan la ley 1150 y 80,tantas veces mencionadas.

Así lo tiene sentado la jurisprudencia de las más altas Corporaciones de Administración de Justicia en el país, según lo reflejan los pronunciamientos jurisprudenciales que se citan a continuación, de cuyo contenido se desprende que los Contratos que celebren las Entidades Estatales pueden ser modificados o adicionados en cuanto tales modificaciones o adiciones no alteren el objeto del respectivo Contrato.

La Corte Constitucional así lo sostuvo en Sentencia C-300-2012[33].

Así mismo, en la sentencia de septiembre 13 de 2018, radicación 05001-23-31-000-2002-03563-01, expediente No. 39.143, la Sección Tercera del Consejo de Estado reafirmó la imposibilidad de que las partes de un Contrato estatal convengan modificaciones que alteren su objeto[34].

---

[33] *"2.6.6 Por último, es preciso resaltar que* ***la modificación del Contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico,*** *puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo Contrato. En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, los Contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales.*
"(…)
"Respecto del objeto, existe un amplio debate jurisprudencial, *como la Sala destacó al examinar su competencia para ocuparse de la demanda bajo estudio. (… …).*
"(…)
"La Sala estima que esta discusión debe ser resuelta a favor de la primera posición, esto es: la reforma del objeto del Contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar en un nuevo Contrato; permitir lo contrario conllevaría autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del Contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. *Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización. (… …). Esto lleva a la Corte a recordar* [que] ***el objeto de un Contrato debe analizarse en cada caso, a la luz de la normativa que rige cada tipo de negocio y de las cláusulas pactadas y los demás documentos que hacen parte del Contrato".***
"Además, ***la modificación del Contrato está limitada por la imposibilidad de transformar sus elementos esenciales –como el objeto–*** *(…)"[33].* (Se han agregado las negrillas).

[34] *"Esto es así si se tiene en cuenta que si bien es posible modificar aspectos no esenciales del Contrato, como ocurre con el plazo u obligaciones a cargo del contratista que sean necesarios para asegurar el objeto del Contrato y con ello los fines estatales que se pretender satisfacer. Para el caso, las modificaciones en aspectos relativos al régimen de descuentos e inversión en publicidad. Lo cierto es que* ***ello no puede conducir a la modificación del objeto contractual, pues ello, se resalta, implica la celebración de un nuevo Contrato.***
"Sobre el particular, resulta ilustrativo lo expuesto por la Sala de Consulta de esta Corporación:
"Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que ***cualquier modificación del objeto del Contrato implica la celebración de un nuevo Contrato****, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del Contrato originalmente celebrado. En otras palabras,* ***solamente habrá Contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del Contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del Contrato"*** *(negrilla fuera del texto)". "Esto es así si se tiene en cuenta que si bien es posible modificar aspectos no esenciales del Contrato, como ocurre con el plazo u obligaciones a cargo del contratista que sean necesarios para asegurar el objeto del Contrato y con ello los fines estatales que se pretender satisfacer. Para el caso, las modificaciones en aspectos relativos al régimen de descuentos e inversión en publicidad. Lo cierto es que* ***ello no puede conducir a la modificación del objeto contractual, pues ello, se resalta, implica la celebración de un nuevo Contrato.***
"Sobre el particular, resulta ilustrativo lo expuesto por la Sala de Consulta de esta Corporación:
"Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que ***cualquier modificación del objeto del Contrato implica***

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, mediante concepto fechado el marzo 17 de 2016, radicado No. 11001-03-06-000-2015-00128-00, también reafirmó la improcedencia de que se modifique el objeto de un Contrato estatal[35]:

En el mismo sentido, **el Consejo de Estado ha señalado la inmodificabilidad de las cláusulas relativas a la clase y objeto del Contrato,** las cuales deben ser mantenidas durante toda su ejecución, so pena de desconocer los principios constitucionales de moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia[36]:

> *"En consecuencia, concluye la Sala que en el marco de la contratación estatal no resulta posible para las partes de un Contrato modificar su objeto o su clase porque ello vulneraría los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia, igualdad, planeación y selección objetiva (…)"*
>
> *"(…)*
>
> *"Con criterio similar **la Corte Constitucional ha considerado que no es posible la modificación del objeto,** en tanto constituye un elemento de su esencia, y se requeriría un nuevo Contrato, lo cual no impide que pueda ser complementado mediante la adición de actividades necesarias para su adecuada realización.[37]".*
>
> *"- Las causas que justificarían la modificación del Contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas*

***la celebración de un nuevo Contrato**, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del Contrato originalmente celebrado. En otras palabras, **solamente habrá Contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del Contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del Contrato"** (negrilla fuera del texto)".*

[35] *"Sin perjuicio del análisis de cada caso, según lo estipulado en el pliego de condiciones o surgido de la naturaleza del Contrato, **lo que siempre resulta inalterable durante todo el "iter" del Contrato, es la modificación del núcleo esencial del objeto,** pues en este caso existiría una novación de la obligación que conllevaría a la invalidez del Contrato modificatorio, por contravenir las normas y principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad. No sucede lo mismo, respecto de los elementos accesorios, los cuales podrían ser objeto de modificación con el cumplimiento de los requisitos legales.*

[36] *Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección A. Exp. 27926*

[37] *Corte Constitucional. Sentencia del 25 de abril de 2012. C-300/2012.*

estipulaciones del Contrato, como única manera de conjurarlas.[38]*"* [39]*.* (Se han agregado las negrillas).

"i) Imposibilidad de modificar el objeto contractual por medio de adiciones a los Contratos.

"La Ley 80 de 1993 no contiene una regulación amplia respecto a las adiciones de los Contratos, únicamente hace referencia al límite cuantitativo de la adición indicando que "Los Contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales"[40]*. De este límite se encuentran exceptuados los Contratos de interventoría cuyo valor puede ajustarse "en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993"*[41]*.* ***Estas adiciones a los Contratos sin embargo, no pueden conducir a la modificación del objeto contractual.***

"Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 2263 del 17 de marzo de 2016, hizo un amplio análisis sobre las limitaciones legales que han sido expuestas por la doctrina para modificar un Contrato estatal, ***reiterando que es posible modificar los elementos accidentales de un Contrato, pero no su objeto"*** [42]***.*** (Se deja resaltado).

8.- LOS PRINCIPALES LÍMITES A LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Tal como queda señalado, la viabilidad de modificar los Contratos Estatales encuentra limitaciones en el ordenamiento jurídico vigente, lo cual impone la necesidad de observar o de cumplir diversos requisitos en forma previa, muchos de

---

[38] *La existencia de circunstancias imprevistas, o de riesgo imprevisible, externas a las partes, puestas de manifiesto con posterioridad o sobrevinientes al proceso precontractual, aun aplicando toda la diligencia requerida, y la buena práctica profesional en el proceso de planeación del Contrato y de los estudios previos.*

[39] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto fechado en marzo 17 de 2016; radicación No. 11001-03-06-000-2015-00128-00 (2263). Consejero Ponente, doctor Édgar González López.

[40] Ley 80 de 1993, artículo 40, parágrafo: *"En los Contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo Contrato. // Los Contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".*

[41] Ley 1474 de 2011, artículo 85. ***"CONTINUIDAD DE LA INTERVENTORÍA.*** *Los Contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el Contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993…".*

[42] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia fechada en diciembre 12 de 2017; radicación No. 11001-03-06-000-2016-00260-00 (2324). Magistrado Ponente, doctor Óscar Darío Amaya Navas.

los cuales se encuentran consignados de manera expresa en el ordenamiento positivo vigente y otros han sido identificados por la jurisprudencia nacional.

De esta manera y sin perjuicio de las exigencias o los requisitos que resulten exigibles normativamente para ciertos casos específicos, en buena medida dependiendo del tipo de Contrato de que se trate, en términos generales pueden identificarse las siguientes exigencias de índole general para que resulte jurídicamente viable la modificación de los Contratos estatales:

8.1.- Las modificaciones que a los Contratos estatales convengan las partes en virtud de la autonomía de su voluntad, deberán ceñirse a los siguientes requisitos:

i).- Que las modificaciones que se acuerden *"… no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley* [la Ley 80] *y a los* [principios] *de la buena administración"* (inciso tercero (3º)[43] del artículo 40 de la Ley 80).

ii).- Que las modificaciones que se convengan no representen una adición del respectivo Contrato estatal *"… en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales"* (Artículo 40, parágrafo inciso segundo[44] (2º), Ley 80).

En punto específico de los Contratos de Asociación Público Privada –APP– de iniciativa pública, las adiciones de recursos provenientes de los presupuestos de las Entidades Estatales, no pueden exceder del veinte por ciento (20%) del valor del Contrato original (Artículo 13[45] de la Ley 1508).

---

[43] *"En los Contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración".*

[44] ***"PARÁGRAFO.*** *En los Contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo Contrato.*
"Los Contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".

[45] ***"ARTÍCULO 13. ADICIONES Y PRÓRROGAS DE LOS CONTRATOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PÚBLICA.*** *En los Contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del Contrato originalmente pactado. En dichos Contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del Contrato originalmente pactado.*
"El valor del Contrato para estos efectos deberá estar expresamente determinado en el mismo, y basarse en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que se establezca en los casos de proyectos de prestación de servicios públicos.
"Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del Contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables".

iii).- Puesto que el artículo 41 de la Ley 80 establece el escrito como un requisito para el perfeccionamiento de los Contratos estatales, resulta obvio que esa misma solemnidad debe observarse cuando se trate de convenir o de estipular modificaciones, cambios o variaciones al respectivo contrato estatal.

iv).- En los términos del inciso 3[46] del artículo 41 de la Ley 80, cuando el contratista particular pretenda ceder su posición en el respectivo contrato estatal, requiere obtener autorización previa, expresa y escrita de la Entidad Estatal Contratante.

v).- De conformidad con las disposiciones constitucionales (artículos 345, 350, 352, 353, C.P.) y legales (artículo 71[47] del Decreto-ley 111 de 1996) que regulan las materias de índole presupuestal, resulta imperativo contar con la disponibilidad de los recursos y/o con las autorizaciones correspondientes, incluidas las opciones de comprometer vigencias futuras o de asumir compromisos de deuda pública, nacional o internacional, según corresponda, antes de que se proceda a la celebración o a la modificación de un contrato estatal, en cuanto tales celebración o modificación puedan comportar o significar la asunción de obligaciones que se traduzcan en la necesidad de hacer pagos o erogaciones con cargo al presupuesto de la Entidad Estatal Contratante o de constituir garantías para respaldar obligaciones de pago.

vi).- Que la causa de la respectiva modificación sea *"real y cierta"*[48] ; que esa causa esté *"autorizada en la ley"*[49]*;* que esa causa se encuentre debidamente *"sustentada y probada"*[50]*.*

vii).- Que la modificación proyectada no altere y/o no violente *"el principio de igualdad de los oferentes"*[51]*.*

---

[46] *"Los Contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante".*

[47] ***"ARTÍCULO 71.*** *Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.*
Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.
"En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.
"……..
"Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86; L. 179/94, art. 49)".

[48] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-300-2012, fechada en abril 25 de 2012, y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto con radicación No. 1.952, fechado en agosto 13 de 2009. Consejero Ponente, doctor Enrique José Arboleda Perdomo.

[49] Ibidem.

[50] Ibidem.

[51] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto con radicación No. 1.952, fechado en agosto 13 de 2009. Consejero Ponente, doctor Enrique José Arboleda Perdomo.

viii).- Que *"la modificación del Contrato no … altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico"*[52], puesto que si se pretende *"la reforma del objeto del Contrato … debe tener lugar en un nuevo Contrato"*[53].

ix).- Según el análisis que la Corte Constitucional realizó acerca de la evolución de la Jurisprudencia del Consejo de Estado durante los años 2002, 2003 y 2004, se tiene que a través de las tesis jurisprudenciales de esta última Corporación, *"pactar nuevos ítems, en los Contratos* [de obra] *a precios unitarios, representa una modificación del objeto contractual"* y, por tanto, se trata de *"una modificación de fondo, y no accesoria, del Contrato; por lo que … debe formalizarse mediante un nuevo Contrato"*[54].

x).- De la misma manera, según postura de unificación de la Honorable Corte Constitucional, no resulta válido convenir adiciones a los Contratos de concesión de obra pública, ni agregarle obras complementarias a su objeto, porque *"las adiciones al objeto de los Contratos de concesión de obra pública carecen de fundamento legal",* limitación que incluye *"… la celebración de Contratos adicionales para agregar obras complementarias al objeto de los Contratos de concesión de obra pública (…)"*[55].

8.2.- Cuando se trate del rompimiento del equilibrio económico de un Contrato estatal, se requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

i).- Solicitud previa del contratista interesado o acuerdo entre las partes.

ii).- Acreditación acerca de si dicha ruptura fue causada *"por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas"* o *"Si dicho equilibrio se* romp[ió] *por incumplimiento de la entidad estatal contratante".* (Artículo 5-1[56], Ley 80).

iii).- Suscripción, entre las partes, de *"… los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación …".*

---

[52] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-300-2012, fechada en abril 25 de 2012.
[53] Ibidem.
[54] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de Unificación en Acción de Tutela SU-214/22, fechada en junio 16 de 2022. Magistrado Ponente, doctor Jorge Enrique Ibáñez Najar.
[55] Ibidem.
[56] ***"ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS.*** *Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:*
"1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del Contrato.
"En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del Contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del Contrato".

iv).- Determinación previa de *"… la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso",* y

v).- Que la única finalidad de tales acuerdos sea la de mantener esa igualdad o equivalencia. (Artículo 27[57], Ley 80).

8.3.- Cuando se trate del ejercicio de la facultad excepcional de modificación unilateral, será necesario que se cumplan las siguientes exigencias:

i).- Que se configure uno cualquiera de los siguientes casos concretos: **a)** que se trate de un Contrato que tenga por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal; **b)** que se trate de un Contrato que tenga por objeto la prestación de servicios públicos; **c)** que se trate de un Contrato que tenga por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado; **d)** que se trate de un Contrato relacionado con el programa de alimentación escolar; **e)** que se trate de un Contrato de obra (artículo 14-2[58], Ley 80 expedida en 1993).

También puede tratarse de **f)** un Contrato de suministro o **g)** de un Contrato de prestación de servicios, pero en estos últimos casos será necesario que se hubiere estipulado expresamente la referida facultad excepcional de modificación unilateral.

---

[57] ***"ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL.*** *En los Contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*
"Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate".

[58] *"2o. Pactaran las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los Contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los Contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los Contratos de obra. En los Contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*
"Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los Contratos de suministro y de prestación de servicios.
En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

"PARÁGRAFO. *En los Contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los Contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los Contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales".*

ii).- Que exista un riesgo real y cierto de *"… paralización o afectación grave de los servicios públicos a su cargo",* esto es a cargo de la Entidad Contratante;

ii).- Que *"… las modificaciones a lo contratado"* estén dirigidas, única y exclusivamente, a *"… asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación"* de dichos servicios públicos.

iii).- Que *"… las modificaciones a lo contratado"* sean proporcionales a esos exclusivos fines, y

iv).- Que en el mismo acto administrativo mediante el cual se ejerza la potestad excepcional de modificación unilateral, se *"… proced*[a] *al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se* apli[quen] *los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.* (Artículos 14-1 y 16, Ley 80).

9.- EL OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESION BAJO EL ESQUEMA DE APP

Encuentra entonces el Tribunal, de todo lo transcrito, que los Contratos Estatales son modificables como expresión de la voluntad de las Partes, dentro de los límites atrás señalados y, en todo caso, respetando la prohibición absoluta de modificar **"el objeto"** del Contrato.

Para evaluar qué es el "Objeto" de un Contrato de Concesión, de APP se debe partir de su definición y características.

El artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, define el Contrato de Concesión, así:

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

A su vez, el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012 *"Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones",* las define de la siguiente manera:

> *"**Las Asociaciones Público-Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado**, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, **para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio**".*

El artículo 2 de la misma ley, señala respecto de la relación entre las concesiones y los contratos de APP, que:

> ***"Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas**. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración*". (Negrilla fuera de texto).

De acuerdo con lo establecido en la ley, las características establecidas en ella, la jurisprudencia y la doctrina, le son igualmente aplicables a los Contratos de Concesión bajo la modalidad de APP.

En la Sentencia C-250 de 1996[59], la Corte Constitucional identificó las principales características del contrato de concesión, así:

> *"a) Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona -concesionario-;*
>
> *"b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.*
>
> *"c) puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;*
>
> *"d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar*

[59] Referencia: Proceso No. D-1064, Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA, junio 6 de 1996.

> *instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.*
>
> *"Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que, en el Contrato de Concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).*
>
> *"e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que, para recuperar la inversión en un Contrato de Concesión, se podrán establecer peajes o valorización.*
>
> *"Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido".*

A partir del año 2012, la jurisprudencia evolucionó en cuanto a la precisión de las características fundamentales de los Contratos de Concesión.

La Corte Constitucional realizó especial énfasis en el aporte de los concesionarios a la ejecución del contrato de concesión, al establecer como una de sus características fundamentales *"la vinculación de recursos del sector privado, a manera de inversión, en proyectos de interés público que permitan maximizar el gasto estatal en la satisfacción de otras necesidades*"[60]. Esta precisión se incorporó en su sentencia C-300 de 2012[61] mediante la cual se resolvió la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1150 de 2007, y acerca de esta materia estableció:

> ***"Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines.*** *Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo*

[60] QUIÑONES GUZMÁN, Juan Carlos. Contratos de Asociación Publico – Privada e Infraestructura de Transporte. Primera edición 20202. p. 6)

[61] Referencia: expediente D-8699, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, Abril 25 de 2012.

> *facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal".*

El Consejo de Estado, en Sentencia del 23 de octubre de 2017, recogió las características fundamentales del contrato de concesión a partir de su evolución normativa, al manifestar:

> *"[…] la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato".*

De la jurisprudencia indicada se concluye, en síntesis, que el objeto de los Contratos de Concesión –APP– *in genere* y en especial del que ahora se ocupa el Tribunal, está contenida en su definición y en sus características fundamentales:

i).- Es un Acuerdo de voluntades, tal como ya se expuso en este Laudo.

ii).- Su finalidad es la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados.

iii).- Implica la vinculación de capital privado para el cumplimiento de los fines públicos, a cambio de una contraprestación para el privado.

iv).- La gestión y riesgo de la prestación del servicio recae sobre el concesionario.

Así pues, estos son los elementos esenciales que constituyen el Objeto del Contrato y que por disposición expresa del Legislador y reiterada jurisprudencia le está vedado a las Partes modificar, bajo pena de nulidad absoluta.

Sin embargo, en el momento de evaluar las modificaciones a los contratos de concesión, se debe considerar lo que la Corte Constitucional definió también la *"naturaleza incompleta"* de los contratos de concesión, al manifestar en su sentencia C-300 de 2012:

> ***"Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada***

> ***uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto****, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. (…)".* (Negrilla fuera de texto).

Dicha naturaleza incompleta fue analizada por la Corte en la misma sentencia, así como su relación con las modificaciones al contrato de concesión, al manifestar:

> ***"Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros****, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico. Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales (…)".* (Negrilla fuera de texto).

Al respecto concluyó la Corte en relación con la naturaleza incompleta del contrato de concesión, que ello implica renegociaciones y modificaciones:

> ***"Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación****. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente,* ***pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo".***

En el caso del Contrato de Concesión 002/2015, la Sección 2.1 de la Parte General del Contrato de Concesión establece el objeto contractual así:

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

El "Proyecto" está a su vez definido en la Sección 1.1. de la Parte General, así:

> **"*Proyecto:*** *"Se entenderá como el conjunto compuesto, entre otras, por todas las actividades, servicios, bienes, obligaciones y derechos necesarios para la ejecución del presente Contrato".*

La Sección 3.2 de la Parte Especial del Contrato de Concesión define el Alcance del Proyecto, así:

> *"Estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental de la segunda calzada de la vía Ibagué – Cajamarca; y la operación y mantenimiento del sistema vial Variante Chicoral, Variante Gualanday, Gualanday - Ibagué, Gualanday – Espinal, Variante Picaleña, Ramal Norte y trazado existente Ibagué-Cajamarca, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1*".

Integrando la normativa contractual (Sección 2.1., Sección 1.1. y Sección 3.2. Parte Especial, Ibidem), se puede concluir que el objeto del Contrato 002/2015 lo constituye el otorgamiento de una concesión vial, para la ejecución de los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental de la segunda calzada de la vía Ibagué – Cajamarca; la operación y mantenimiento del sistema vial Variante Chicoral, Variante Gualanday, Gualanday – Ibagué, Gualanday – Espinal, Variante Picaleña, Ramal Norte y trazado existente Ibagué – Cajamarca.

No serían válidas entonces, modificaciones contractuales que cambiaran el servicio a prestar: *"Estudios, diseños, construcción, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental",* así como tampoco las modificaciones contractuales que cambiaran las calzadas a intervenir (Ibagué – Cajamarca), las variantes (Chicoral, Gualanday – Ibagué, Gualanday – Espinal, Picaleña) o el Ramal Norte o la calzada existente (Ibagué – Cajamarca).

Las condiciones técnicas del proyecto, incluyendo la construcción de los túneles identificados en el cuadro con título de *"obras esenciales obligatorias",* no son parte esencial del Contrato de Concesión y en especial de su objeto, sino por el contrario, corresponden al desarrollo de las Intervenciones que la Entidad consideró inicialmente deberían ser ejecutadas para el cumplimiento del objeto contractual.

En los Contratos Estatales y en especial en los de Concesión que conllevan *"estudios y diseños"* aunados con obligaciones de "gestión social, predial y ambiental", existen múltiples factores que trascienden la voluntad, el conocimiento o la capacidad de prever de las Partes, por cuanto se originan en hechos o situaciones de la naturaleza (afluentes, fallas geológicas, suelos, etc.); que dependen de otras autoridades (Agencia Nacional de Licencias Ambientales, Agencia Nacional de Tierras, Agencia Nacional de Minería); que dependen de actividades o manifestaciones populares (paros, manifestaciones, asonadas); que corresponden a consultas populares y aún a decisiones del propio Estado como pueden ser las modificaciones a las tarifas.

En fin, tal como la Corte Constitucional lo reconoce, los proyectos de Concesión de Infraestructura son de alta complejidad, hecho que aunado a su larga vigencia, requiere que las partes prevean desde el inicio del contrato y dispongan de mecanismos eficientes que permitan que las cambiantes situaciones fácticas o hechos o circunstancias desconocidas al momento de la celebración del Contrato tengan un desarrollo normativo y contractual, so pena de que el Contrato de Concesión deje de servir a su objeto fundamental, cual es la prestación de un bien o servicio que se considera de interés general.

Es más, durante las etapas de estudios y diseños, puede suceder, como en efecto ha sucedido en prácticamente todas las concesiones, que sea necesario hacer cambios en los diseños, en los cronogramas y, en general, en las especificaciones técnicas, que como su nombre lo indica, constituyen descripciones de detalle de las obligaciones que están a cargo del Concesionario y que solo desarrollan o se derivan del objeto contractual, pero no hacen parte de él.

Así lo reconoce el Contrato en las Secciones 19.1 y 4.12 de la Parte General donde se prevén mecanismos para realizar modificaciones al contrato y es especial a las especificaciones técnicas, y así lo han entendido y ejecutado las Partes durante la ejecución contractual que involucra la celebración de múltiples otrosíes.

Haciendo un breve repaso a los seis (6) otrosíes celebrados por las Partes y tomando en cuenta sus motivaciones, las cuales constan en sus considerandos, observa el Tribunal que las sustituciones de ciertas obras como los túneles 1 y 2 de la UF1 (Otrosí 1) y túnel 3 de la UF1 (Otrosí 4) obedecieron a circunstancias fácticas tales como afloramientos de agua, las cuales obligaron a modificar las Licencias Ambientales, que a su vez son necesarias para la ejecución de las Intervenciones. Esto motivó la sustitución de los túneles por un sistema de doble calzada y la modificación de los plazos de construcción (Otrosí 3). Todas ellas tendientes a ajustar el proyecto a sus realidades, a las circunstancias imprevistas y al mejoramiento del servicio que ANI entregó en concesión, todo ello en búsqueda del bien común y de atender las necesidades generales objeto final de este tipo de contratos.

De otra parte, las modificaciones contractuales se hicieron con el lleno de los requisitos legales y contractuales y contaron con el visto bueno del Interventor, delegado del Concedente para la supervisión del Proyecto, en desarrollo de los procedimientos contractuales previstos.

Finalmente, el Tribunal consideró la estructura financiera del Contrato identificado como un Contrato de Concesión bajo la figura de Asociación Público Privada (APP -IP), especialmente regulada en la Ley 1508 de 2012.

Bajo el esquema de APP-IP, el Concesionario asume todos los riesgos del proyecto (excepto los que contractualmente se excluyan), integrados a la matriz de riesgos del proyecto que consiste en la asignación de los riesgos que cada Parte asume.

La asignación de riesgos es especialmente relevante por cuanto de ella se deriva en buena parte la conmutatividad del contrato, ya que, a mayor asunción de riesgos mayor compensación debe obtener. En el caso de los Otrosíes no hubo cambios en la asignación de riesgos y en consecuencia no hubo cambios en la conmutatividad del Contrato.

De otra parte, el esquema de remuneración al Concesionario está representado en la oferta que este le hizo al Contratante, expresado en un VPIP, la cual se mantuvo, garantizando el mantenimiento del equilibrio económico del Contrato con sus modificaciones; este factor tampoco fue modificado en los Otrosíes.

Por último, el Tribunal toma nota que ninguna de las Partes ha impugnado la validez y eficacia del Contrato, ni de ninguno de los Otrosíes que se han suscrito, lo cual no obsta para reconocer la obligación del Tribunal de declarar, aun de oficio, una eventual nulidad absoluta, en tales piezas, si es que existiere.

Con base en el análisis anterior, el Tribunal concluye que no se presenta causal de nulidad en el Contrato de Concesión 002/2015, ni en ninguno de sus anexos modificatorios y Otrosíes.

En consecuencia, avocará el conocimiento de fondo de los asuntos que las Partes le han confiado para su definición.

10.- EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y SU APLICACIÓN AL PRESENTE CASO

El Tribunal estima necesario e importante destacar que el principio de congruencia reviste un significado trascendente cuando se trata de definir cuáles son exactamente, con sujeción a la Constitución Política y a las leyes vigentes, las responsabilidades y las competencias de las cuales disponen los jueces y los árbitros al momento de resolver de fondo un determinado asunto sometido a su conocimiento, de conformidad con la regulación que de manera expresa, positiva e imperativa consagra el artículo 281 del Código General del Proceso –C.G.P.–, a través de sus incisos 1 a 4, según los cuales:

> *“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*
>
> *“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.*
>
> *“Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.*

> *"En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio".*

Acerca del sentido y el alcance del mencionado principio de congruencia, la jurisprudencia nacional ha sido abundante y pacífica, según lo demuestra el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia fechado en agosto 13 de 2001, dentro del cual se indicó:

> *"1.Se sabe que* ***la congruencia de los fallos judiciales constituye principio rector del ordenamiento procesal civil (art. 305 C.P.C.), en virtud del cual se le imponen diáfanas fronteras a la función jurisdiccional,*** *por definición "reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes, …, artífices señeros del marco dentro del cual, a posteriori, deberá el fallador inscribir su resolución" (cas. civ. de 4 de septiembre de 2000; exp: 5602), motivo por el cual se ha considerado que dicho postulado "es el reverso del principio de idoneidad"*[62] *predicable de las peticiones de los contendientes, que de ser aptas para provocar un fallo estimatorio, imponen –de paso– que este sea acorde con el alcance de tales súplicas.*
>
> *"Es esta una regla vinculada a la causa jurídica de la sentencia, a "la reclamación que ha engendrado el proceso en el que la sentencia se dicta"*[63]*, lo que explica que, de antaño, para preservar ese nexo con el thema decidendum, la legislación procesal haya establecido que "No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta" (art. 305 C.P.C.), norma ésta que recoge la antiquísima regla que así se enuncia: ne aet judex ultra, extra o citra petita partium"*[64]*.* (Se han agregado las negrillas).

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional, en su sentencia de agosto 25 de 2016, sostuvo:

> *"24. El principio de congruencia de la sentencia exige que ésta debe estar acorde con los hechos y las pretensiones esgrimidas*

[62] Pedro Aragoneses. Sentencias congruentes. Madrid. Aguilar. 1957. Pág. 10.
[63] Jaime Guasp. Derecho Procesal Civil. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1968. T. I. Pág. 516.

[64] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de agosto de 2001; exp. 5993. M.P. Carlos Esteban Jaramillo.

en la demanda, se encuentra contenido en el artículo 281 del Código General del Proceso y establece lo siguiente:

"Artículo 281. Congruencias.

"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

"Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

"En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio"[65] *(subraya por fuera del texto)*

"24.1. ***El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita,*** *porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto* [que] *durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados.*

"La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia "como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, "en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o

[65] El anterior principio también se encuentra consignado en el artículo 305del Código de Procedimiento Civil.

probó"[66]*. Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurará un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.*

"La Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación, profirió en el 2008 la sentencia 1274[67] *de ese año, en la que estableció lo siguiente:*

"… la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, *ya que la incongruencia que es capaz de tornar en vía de hecho la acción del juez "es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa", a tal grado que "la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante", esto es, "carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso". De lo contrario, "el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, sería insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso"*[68]*.*

"24.2. De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, ***no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita),*** *pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. El principio de congruencia de la sentencia además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello"*[69]*.* (Se ha resaltado en negrillas).

Así mismo, en la sentencia de marzo 2 de 2018, la Honorable Corte Constitucional señaló:

---

[66] Sentencia T-714 de 2013, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que a su vez reitera lo dicho en las sentencias T-773 de 2008, (M.P. Mauricio González Cuervo); T-450 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-025 de 2002, (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), entre otras.
[67] M.P. Rodrigo Escobar Gil.
[68] Sentencia T-450 de 2001., M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[69] Corte Constitucional. Sentencia fechada en 25 de agosto de 2016. Referencia T-5.490.941; Sentencia T-455/16. M.P. Alejandro Linares Castillo.

> *"70. Incluso, una de las principales inconformidades puestas de presente por el tutelante[70], en la impugnación incoada en contra de la sentencia de primera instancia, consistió en reprochar la incongruencia de dicha providencia, como quiera que el juzgador a quo no se pronunció respecto de las pretensiones consignadas en el escrito de tutela.*
>
> *"71. A propósito de lo anterior, vale la pena traer a colación el principio de congruencia de las providencias, según el cual, la sentencia debe guardar consonancia con los hechos y las pretensiones esgrimidos en la correspondiente demanda[71].*
>
> *"72. Respecto de este principio orientador del derecho procesal, la jurisprudencia de esta Corte ha explicado que, a la luz de tal postulado, el juez debe resolver todos los aspectos ante él expuestos y, por consiguiente, es su obligación explicar las razones por las cuales no se ocupará del análisis de fondo de alguna de las pretensiones[72]. Adicionalmente, el juez tiene a su cargo el deber de fallar con fundamento en la realidad fáctica demostrada, por cuanto, su decisión, de ninguna manera, puede fundamentarse en lo que dicho funcionario considera que pudo ser, pero que las partes ni él de oficio, lograron establecer en el curso de la actuación procesal[73]" [74].*

En el fallo de diciembre 19 de 2018, la Honorable Corte Suprema de Justicia, con reiteración de su propia jurisprudencia, indicó:

> *"1. El principio de congruencia, establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, impone al juzgador la obligación de proferir sentencia «en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley».*

---

[70] *"En el recurso de alzada se dejó constancia de lo siguiente: 'Lo primero que debo manifestar es que si se lee cuidadosamente el libelo de la demanda de tutela,* ***se podrá observar con meridiana claridad, que la demanda se dirige en CONTRA de los Juzgados Primero y Segundo Civiles de Circuito de Riohacha, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Riohacha (La Guajira) y otros, es decir, que NUNCA, se mencionó como autoridades accionadas, a la Secretaría de Gobierno de Riohacha, ni a sus Inspecciones de Policía, por lo que en este punto inicia la incongruencia del fallo****' (Negrillas adicionales fuera del texto original) (Folio 202 vto. Cuaderno 1)*".

[71] Artículo 281 del Código General del Proceso: *"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. (…)".*

[72] Corte Constitucional. Sentencia T-592 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[73] Corte Constitucional. Sentencia T-961 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[74] Corte Constitucional. Sentencia T-079/19. M.P. Carlos Bernal Pulido.

> *"Por tanto, el juez no puede dirimir el asunto sometido a la jurisdicción, por fuera de los lineamientos que le imponen las partes, ya sea al hacer ordenamientos excesivos frente a las pretensiones de estas (ultra petita), al dejar de lado algunas sometidas a su escrutinio (mínima petita), o al resolver sobre puntos que no habían sido puestos a su consideración (extra petita), salvo que se trate de condenas o excepciones que por disposición legal puedan disponerse de manera oficiosa.*
>
> *"En providencia que compendia el fenómeno, dijo la Corporación:*
>
> *"A la luz del principio dispositivo que rige primordialmente el procedimiento civil, debe el juez, al dictar el fallo con el cual dirime la controversia, respetar los límites o contornos que las partes le definen a través de lo que reclaman (pretensiones o excepciones) y de los fundamentos fácticos en que se basan ante todo los pedimentos, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso, o de pretensiones que, no aducidas, asimismo deben declararse oficiosamente por el juez.*
>
> *"……..*
>
> *"Para la debida fundamentación de un ataque al amparo de esta causal, se impone al recurrente hacer un parangón entre las pretensiones y hechos de la demanda, las excepciones planteadas por el demandado o reconocibles de oficio, y la parte dispositiva de la sentencia, a efecto de que de allí brote la falta de consonancia de la decisión"[75].*

Así pues, resulta fuera de toda duda que en virtud del aludido principio de congruencia, el juez de la causa debe sujetarse a resolver sobre las pretensiones y las excepciones que las Partes le han planteado, y que se encuentren probadas, comoquiera que las mismas constituyen el marco que delimita su ámbito de competencia, sin que esté autorizado para excederlo, dado que dicho principio forma parte sustancial del debido proceso.

Por ello, al examinar el caso que ahora el Tribunal debe resolver, se impone la necesidad de tener presente el preciso marco que integran las pretensiones de la Demanda –declarativas y de condena–, dado que ellas concretan en buena medida las materias específicas acerca de las cuales podrán realizarse los pronunciamientos que ha de proferir el fallador, sin que tenga permitido desbordar o dejar de lado ese preciso límite.

[75] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2018. Radicación No. 05736-31-89-001-2004-00042-01; exp. SC5686-2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

De esta manera, al repasar las pretensiones que formuló la Parte Convocante, según la transcripción que de las mismas quedó consignada en la parte inicial de este Laudo, es posible señalar que, en síntesis, a través de cada uno de tales pedimentos se busca lo que a continuación se indica, no sin antes diferenciar con claridad entre el grupo de **PRETENSIONES DECLARATIVAS** y las **PRETENSIONES DE CONENA:**

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

- La pretensión **PRIMERA**[76] apunta a obtener una declaratoria acerca de la celebración del Contrato de Concesión No. 002 de 2015 entre las Partes que ahora concurren como Convocada y Convocante, a cuyo perfeccionamiento se llegó por la vía de la regulación consagrada para la modalidad de Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada –APP IP–.

- La pretensión **SEGUNDA**[77] busca que se declare que el gestor privado que formuló la iniciativa que dio lugar a la celebración del que terminó siendo el Contrato de Concesión No. 002 de 2015 surtió la Etapa de Prefactibilidad del Proceso de Iniciativa Privada.

- La **TERCERA**[78] pretensión persigue que se declare que los aspectos financieros de la propuesta presentada por la Convocante en su condición de gestor privado, para impulsar y concretar la Asociación Pública Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos, quedaron desarrollados en el modelo financiero que entregó ante la Entidad Estatal Contratante.

- Con la **CUARTA**[79] pretensión se busca una declaración encaminada a definir que en el referido modelo financiero se incorporaron los factores y conceptos financieros representativos de la propuesta –especialmente en cuanto al CAPEX y al OPEX–, así como las fuentes de financiación con las cuales contaría el proyecto para su ejecución.

---

[76] ***"PRIMERA.-*** *Se declare que el Contrato de Concesión 002 de 2015 suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA S.A. de fecha 15 de febrero de 2015, se celebró como culminación de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, presentada el 07 de marzo de 2012 ante la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– por la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA; al amparo de lo normado por la Ley 1508 de 2012 y sus posteriores Decretos Reglamentarios".*

[77] ***"SEGUNDA.-*** *Se declare que de conformidad con lo dispuesto por la mencionada Ley 1508 de 2012 y sus posteriores Decretos Reglamentarios la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA, luego de sucedida la Etapa de Prefactibilidad del Proceso de Iniciativa Privada, procedió a surtir la subsiguiente Etapa de Factibilidad; en prosecución de lo cual entregó a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– los estudios e información que desarrollaba los aspectos técnicos**, financieros, económicos,** ambientales y legales de la iniciativa en ciernes".*

[78] ***"TERCERA.-*** *Se declare **que en tratándose de los aspectos financieros de la propuesta** de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, **se entregó el Modelo Financiero** que, como su nombre lo indica, desarrollaba todos los aspectos relacionados con las variables económicas del contrato propuesto".*

[79] *"**CUARTA.-** Se declare que el mencionado Modelo Financiero no solamente incorporaba los valores de los factores o conceptos representativos del Capex y del Opex de la iniciativa, sino también las fuentes de financiación con que contaría el Proyecto, provenientes de aportes al equity y de los recursos de crédito otorgados por terceros".*

- Con la pretensión **QUINTA**[80] se pide una declaración que establezca que el aludido modelo financiero de la propuesta contemplaba la retribución o compensación, VPIP, que recibiría el concesionario por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

- La pretensión **SEXTA**[81] se formula para que se declare que la referida retribución o compensación, condensada en el VPIP, se obtendría por razón de la cesión del derecho de recaudo de las tarifas de peaje que deberían pagar los usuarios de la(s) vía(s) en las estaciones de peaje de Cocora, Chicoral y Gualanday, posteriormente fijadas por el Ministerio de Transporte mediante su Resolución No. 0000175 de 2015.

- La **SÉPTIMA**[82] pretensión se encamina a obtener la declaratoria consistente en que a través de los 'otrosíes' 1 y 3, las Partes convinieron la construcción, dotación y puesta en operación de una Caseta de Control de Peaje Cocora, a través de la cual se recaudarían las tarifas que deberían pagar los usuarios que hicieren tránsito en el sentido 'Ibagué – Cajamarca', mediante el uso de la vía entre el Combeima y Cocora, perteneciente a la Unidad Funcional 1 de la segunda calzada Ibagué – Cajamarca, y quienes se desplazaren en el sentido contrario, es decir 'Cajamarca – Ibagué', a través de la vía nacional existente, distinguida como la No. 4003.

- La pretensión **OCTAVA**[83] pide que se declare que los valores correspondientes al pago de las tarifas del peaje por parte de quienes hicieren tránsito en la señalada dirección 'Ibagué – Cajamarca' mediante la indicada vía que pertenece a la Unidad Funcional 1, pertenecerían a la Convocante, como parte de la retribución o compensación convenida: VPIP.

---

[80] ***"QUINTA.-*** *Se declare que el Modelo Financiero de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, también contemplaba el monto del VPIP, esto es, la retribución o compensación que el Proponente recibiría como contraprestación por la ejecución de las actividades y obras conformantes del objeto de la Iniciativa propuesta".*

[81] ***"SEXTA.-*** *Se declare que el VPIP demandado por el Proponente y finalmente convenido entre Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA**, sería cubierto mediante la cesión del derecho al recaudo de las tarifas de peaje que se recolectarían en las Estaciones de Peaje de Cocora, Chicoral y Gualanday y posteriormente resultarían fijadas por el Ministerio de Transporte mediante la Resolución 0000175 de 2015**, la cual formó parte integral del Contrato 002 de 2015 y representa la fuente esencial e integral de la contraprestación reconocida en favor de APP GICA S.A.".*

[82] ***"SÉPTIMA.-*** *Se declare que mediante la Parte Especial y los Otrosíes 1 y 3 al Contrato de Concesión 002 de 2015, la Entidad Concedente y la Concesionaria convinieron la construcción, dotación y puesta en operación de una Caseta de Control de Peaje Cocora que se ubicaría entre el Pr73+375 de la Vía Ibagué– Cajamarca (Ruta 4003) y representaría un punto de recaudo de las tarifas de peaje vigentes de mano de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA– que transitasen en el sentido Ibagué–Cajamarca mediante el uso de la vía entre el Combeima y Cocora, perteneciente a la Unidad Funcional 1 de la segunda calzada Ibagué–Cajamarca y aquellos que se desplazasen en el sentido Cajamarca–Ibagué mediante el uso de la vía nacional existente Ibagué–Cajamarca (Ruta 4003)".*

[83] ***"OCTAVA.-*** *Se declare que los recaudos por concepto de tarifas de peaje que se recibiesen de manos de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA– que transitasen en el sentido Ibagué–Cajamarca mediante el uso de la vía entre el Combeima y Cocora, perteneciente a la Unidad Funcional 1 de la segunda calzada Ibagué – Cajamarca **pertenecerían a APP GICA S.A.** como parte que serían del VPIP convenido".*

- La **NOVENA**[84] pretensión busca la declaratoria de que los recaudos que se obtengan por el pago de las tarifas de peaje de quienes transiten en el sentido 'Cajamarca – Ibagué' a través de la vía nacional existente no forman parte del VPIP y le pertenecen a la Entidad Estatal Convocada.

- La **DÉCIMA**[85] pretensión persigue que se declare, en síntesis, que la estructura financiera de la APP IP que dio lugar a la celebración del referido Contrato de Concesión No. 002 de 2015, así como los elementos que la integran, no incluyó ni previó la aplicación o adopción de tarifas diferenciales o de exenciones a favor de algunos grupos de usuarios de la(s) vía(s).

- En la pretensión **DÉCIMA PRIMERA**[86] se pide al juez del contrato que declare que la Entidad Estatal Convocada, de un lado *"… no permitió construir y poner en funcionamiento la Caseta de Control de Peaje Cocora y, por ende, impidió cobrar las Tarifas de Peaje reguladas por la Resolución 0000175 de 2015 a los grupos de usuarios* [correspondientes] *…",* y, de otro lado, que con ello incumplió con lo acordado, en lo pertinente, a través de los referidos 'otrosíes' 1 y 3.

- Como **DÉCIMA SEGUNDA**[87] se formula la pretensión para que se declare que por *"… la no instalación de la Caseta de Control a que se refiere la pretensión **SÉPTIMA,** se ha generado una elusión en el pago de las tarifas correspondientes en la Estación de Peaje Cocora …".*

- A través de la **DÉCIMA TERCERA**[88] se pretende que se declare que la Entidad Estatal Convocada se comprometió a estudiar y establecer tarifas –de peaje, se entiende–, diferenciales y exenciones de algunos grupos de potenciales usuarios del que denomina *"Sistema Vial GICA".*

---

[84] ***"NOVENA.-*** *Se declare que los recaudos por concepto de tarifas de peaje que se recibiesen de manos de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA– que transitasen en el sentido Cajamarca – Ibagué mediante el uso de la vía nacional existente Ibagué–Cajamarca (Ruta 4003) pertenecerían a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y no harían parte del VPIP".*

[85] ***"DÉCIMA.-*** *Se declare que la Estructura Financiera de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, que se refleja en el Modelo Financiero presentado por la Promesa de Sociedad Futura APP GICA, finalmente convenido entre las Partes y adoptado como elemento integral del Contrato 002 de 2015,* ***no contemplaba la creación o adopción de tarifas diferenciales o de exenciones en favor de ningún grupo de potenciales usuarios del Sistema Vial GICA, objeto del Contrato 002 de 2015".***

[86] ***"DÉCIMA PRIMERA.-*** *Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI– no permitió construir y poner en funcionamiento la Caseta de Control de Peaje Cocora y, por ende, impidió cobrar las Tarifas de Peaje reguladas por la Resolución 0000175 de 2015 a los grupos de usuarios a los que se refieren las pretensiones* ***OCTAVA*** *y* ***NOVENA*** *y que, al así disponerlo incumplió con lo acordado a términos de la Parte Especial del Contrato de Concesión y los Otrosíes 1 y 3 al Contrato 002 de 2015".*

[87] ***"DÉCIMA SEGUNDA.-*** *Se declare que como consecuencia de la no instalación de la Caseta de Control a que se refiere la pretensión* ***SÉPTIMA****, se ha generado una elusión en el pago de las tarifas correspondientes en la Estación de Peaje Cocora que en el caso de que ésta existiera y operara sería evitada".*

[88] ***"DÉCIMA TERCERA.-*** *Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– se comprometió, para con los representantes del Paro Nacional ocurrido durante el año 2021, a estudiar y establecer tarifas diferenciales y exenciones favorecedoras de los grupos de potenciales usuarios del Sistema Vial GICA que en los Acuerdos firmados con ellos se identificaron".*

- La pretensión **DÉCIMA CUARTA**[89] apunta a obtener la declaración de que la actuación administrativa referida en la pretensión DÉCIMA PRIMERA comporta una afectación de la estructura tarifaria de peajes y, consiguientemente, del modelo financiero concertado.

- A través de la **DÉCIMA QUINTA**[90] pretensión se quiere obtener la declaración de que los compromisos asumidos por la Entidad Estatal Contratante con potenciales usuarios y comunidades para crearles exenciones y tarifas de peaje especiales, desencadena las consecuencias previstas en *"el numeral 3.4(i)[91] del Contrato de Concesión",* estipulación que recoge las reglas y/o

[89] ***"DÉCIMA CUARTA.-*** *Se declare que* ***la actuación administrativa a que dice relación la pretensión DÉCIMA PRIMERA encarna una afectación de la Estructura Tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje 0000175 de 2015, tantas veces mencionada y de consiguiente del Modelo Financiero concertado".***

[90] ***"DÉCIMA QUINTA.-*** *Se declare que el compromiso asumido por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- de crear exenciones y tarifas especiales para ciertos usuarios, igualmente genera las consecuencias que regla el numeral 3.4(i) del Contrato de Concesión".*

[91] *"3.4 Peajes, Derecho de Recaudo e Ingresos por Explotación Comercial*

"(…)

"(i) Si el Ministerio de Transporte o la entidad que resulte competente para fijar las tarifas de Peaje decide i) modificar dichas tarifas, ii) crear exenciones o tarifas especiales para ciertos usuarios, o iii) de cualquier otra forma afectar la estructura tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje, se aplicarán las siguientes reglas:

"(i) Para cada trimestre de ejecución del Contrato se deberá calcular, entre el Interventor, el Supervisor y el Concesionario, la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse aplicado la estructura tarifaria (debidamente indexada) prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje correspondiente a las modificaciones adoptadas por el Ministerio de Transporte, de lo cual se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes a la terminación de dicho trimestre. En caso de existir diferencias entre las Partes, éstas acudirán al Amigable Componedor para que resuelva la controversia.

"(ii) El valor resultante derivado del menor Recaudo de Peaje deberá ser compensado, así:

"(1) Al traslado a la Cuenta Proyecto de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;

"(2) De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;

"(3) De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;

"(4) De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;

"(5) De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral.

"(iii) Calculado el Valor del Riesgo Materializado y determinada la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos de que trata la Sección 3.4(i)(ii) anterior, deberá suscribirse el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo en los términos establecidos en la Sección 3.2. de esta Parte General, y será por cuenta y riesgo del

modalidades para compensar al Concesionario en caso de que se materialice el riesgo consistente en que la autoridad competente pudiera establecer tarifas de peaje preferenciales o exenciones.

- La pretensión DÉCIMA SEXTA[92] persigue que se declare que mediante la estipulación *"3.4(i)-(i)"* del Contrato de Concesión, las Partes convinieron las consecuencias allí previstas para cualquiera de las hipótesis contempladas en ese mismo aparte contractual.

- Mediante la denominada **DÉCIMA SÉPTIMA**[93] se pretende que se declare el orden en el cual las Partes acordaron los cinco (5) mecanismos de compensación respecto del valor derivado del menor recaudo de peaje, según se convino a través de la estipulación 3.4-(ii) de su Contrato de Concesión.

- La **DÉCIMA OCTAVA**[94] pretensión busca que se declare que en el presente caso resulta imposible la aplicación del mecanismo No. 1 de compensación

---

Concesionario la obtención o no de dicho Valor del Riesgo Materializado en las condiciones pactadas en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo.

"(iv) Estos recursos así compensados por la ANI, se tendrán en cuenta como parte del Recaudo de Peaje, para todos los efectos previstos en este Contrato, entre ellos —pero sin limitarse— para el cálculo del VPIP".

92 ***"DÉCIMA SEXTA:*** *Se declare que al tenor de lo dispuesto por el numeral 3.4(i)-(i) ante la ocurrencia de cualquiera de las hipótesis por el mismo reguladas; vale decir: (i) modificar dichas tarifas, ii)* ***crear exenciones o tarifas especiales para ciertos usuarios, o iii) de cualquier otra forma afectar la estructura tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje (…)****, se acordó que:*

"Para cada trimestre de ejecución del Contrato se deberá calcular, entre el Interventor, el Supervisor y el Concesionario, la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse aplicado la estructura tarifaria (debidamente indexada) prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje ***correspondiente a las modificaciones adoptadas por el Ministerio de Transporte****, de lo cual se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes a la terminación de dicho trimestre. (…)".*

93 ***"DÉCIMA SÉPTIMA.-*** *Se declare que el menor valor del Recaudo de Peaje deberá ser compensado mediante la aplicación, en su orden, de los cinco (5) mecanismos regulados por el literal (ii) de la aludida estipulación contractual; según sigue:*

"El valor resultante derivado del menor Recaudo de Peaje deberá ser compensado, así:

"(1)- *Al traslado a la Cuenta Proyecto de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;*

"(2)- *De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;*

"(3)- *De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;*

"(4)- *De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;*

"(5)- *De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral".*

94 ***"DÉCIMA OCTAVA.-*** *Se declare que el primer (1) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 resulta de imposible*

previsto en la referida estipulación 3.4-(ii) del citado Contrato de Concesión, referido al *"traslado a la Cuenta Proyecto de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI".*

- La **DÉCIMA NOVENA**[95] pretensión persigue que se declare que en el presente caso el mecanismo No. 2 de compensación previsto en la referida estipulación 3.4-(ii) del citado Contrato de Concesión, *"… no ha sido adoptado de manera clara expresa y definitiva por la … ANI".*

- Con la **VIGÉSIMA**[96] pretensión se pide que se declare que en el presente caso el mecanismo No. 3 de compensación previsto en la referida estipulación 3.4-(ii) del citado Contrato de Concesión *"… no fue actuado … por la … ANI".*

- La **VIGÉSIMA PRIMERA**[97] pretensión busca que se declare que en el presente caso el mecanismo No. 4 de compensación previsto en la referida estipulación 3.4-(ii) del citado Contrato de Concesión *"… resulta insuficiente para compensar el valor del desbalance entre los ingresos por peaje que se habrían obtenido comparados con aquellos que la Concesionaria está embolsando y embolsará en el futuro".*

- Mediante la **VIGÉSIMA SEGUNDA**[98], que se plantea *"como consecuencia del despacho favorable de las pretensiones Décima Octava, Décima Novena, Vigésima y Vigésima Primera anteriores",* se pide declarar la procedencia de la aplicación, en el presente caso, del mecanismo de compensación número cinco (5) de la aludida estipulación 3.4-(ii) del Contrato de Concesión en estudio.

- A través de la pretensión **VIGÉSIMA TERCERA**[99], formulada *"como consecuencia de la procedencia del mecanismo (5) de compensación",* se pide que "[s]*e declare la Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015".*

---

aplicación, desde luego que en la Subcuenta de Excedentes ANI no existe en la actualidad recurso alguno".

[95] ***"DÉCIMA NOVENA.-*** *Se declare que el segundo (2) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 no ha sido adoptado de manera clara, expresa y definitiva por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–".*

[96] ***"VIGÉSIMA.-*** *Se declare que el tercer (3) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 no fue actuado con anterioridad a la radicación de la presente demanda por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–".*

[97] ***"VIGÉSIMA PRIMERA.-*** *Se declare que el cuarto (4) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 resulta insuficiente para compensar el valor del desbalance entre los ingresos por peaje que se habrían obtenido comparados con aquellos que la Concesionaria está embolsando y embolsará en el futuro".*

[98] ***"VIGÉSIMA SEGUNDA.-*** *Se declare que como consecuencia del despacho favorable de las pretensiones Décima Octava, Décima Novena, Vigésima y Vigésima Primera anteriores se ha de proceder a la aplicación del mecanismo identificado bajo el número (5) que a su letra dice:*
"(5)- De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral".

[99] ***"VIGÉSIMA TERCERA.-*** *Se declare la Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015, como consecuencia de la procedencia del mecanismo (5) de compensación".*

- Con la pretensión **VIGÉSIMA CUARTA**[100], también formulada como consecuencial respecto de la prosperidad de la pretensión anterior –la cual, a su turno, igualmente se propuso como consecuencia de la prosperidad de las cuatro (4) que la antecedieron–, busca que *"… se ordene la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f)[101] de la Parte General del Contrato",* aparte que contiene la fórmula que los Co-contratantes acordaron para liquidar el contrato en caso de *"Terminación Anticipada en Etapa de Operación y Mantenimiento".*

PRETENSIONES DE CONDENA

- La **PRIMERA DE CONDENA**[102], presentada como consecuencial *"del despacho favorable de las **PRETENSIONES DECLARATIVAS …** y, en particular de la pretensión declarativa **VIGÉSIMA CUARTA",*** se circunscribe a reclamar el pago de la suma que resulte de aplicar la mencionada estipulación *"18.3(f) de la Parte General del Contrato 002 de 2015".*

- La **SEGUNDA DE CONDENA**[103] se encamina a obtener que se ordene a la Entidad Estatal Contratante y ahora Convocada, que adelante el proceso de reversión de la infraestructura objeto del Contrato de Concesión No. 002 de 2015.

- La **TERCERA DE CONDENA**[104] persigue que se ordena a la Entidad Estatal Contratante, y ahora Convocada, que inicie y lleve hasta su culminación *"el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 002 de 2005; observando para el efecto los términos y condiciones* [de] *la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo XVIII".*

---

[100] ***"VIGÉSIMA CUARTA.-*** *Como derivación del despacho favorable de la pretensión anterior, se ordene la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato".*

[101] *"18.3 Fórmulas de Liquidación del Contrato*
"……..
"(f) Terminación Anticipada en Etapa de Operación y Mantenimiento
"Si se produce la Terminación Anticipada del Contrato durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula (…)".

[102] ***"PRIMERA.-*** *Se disponga que como corolario del despacho favorable de las **PRETENSIONES DECLARATIVAS** suplicadas; y, en particular de la pretensión declarativa **VIGÉSIMA CUARTA** la Convocada deberá pagar a la Convocante el valor resultante de la aplicación de lo dispuesto en la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato 002 de 2015".*

[103] ***"SEGUNDA.-*** *Que en añadidura de la pretensión anterior se disponga que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA S.A. deberán iniciar y culminar el proceso de reversión de la infraestructura concesionada bajo el Contrato 002 de 2015; observando para el efecto los términos y condiciones que regula la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo IX Sección 9.7, en el plazo máximo que señalen Sus Señorías contado a partir de la fecha en que adquiera firmeza el Laudo que se profiera como cierre de este Arbitraje".*

[104] ***"TERCERA.-*** *Que a la par se disponga que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA deberán iniciar y culminar el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 002 de 2015; observando para el efecto los términos y condiciones que la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo XVIII, en el plazo máximo que señalen Sus Señorías, contado a partir de la fecha en que adquiera firmeza el Laudo que se profiera como cierre de este Arbitraje".*

- La **CUARTA DE CONDENA**[105] gira en torno al reclamo de *"las costas del proceso y las correspondientes agencias en derecho".*

Así pues, establecidas con claridad y precisión cuáles son las pretensiones, declarativas y de condena, que la Parte Convocante formuló a través de su demanda, se impone reiterar, la luz del comentado principio de congruencia, que desde la perspectiva del extremo activo de la litis esos son los únicos aspectos que el Tribunal podrá examinar y definir a través del presente Laudo, en cuanto constituyen el límite que la propia demanda impuso para ese efecto.

También conviene mencionar que tanto por el sentido y el alcance de las pretensiones aludidas, como por la íntima y directa relación que existe entre las mismas, bien podría decirse que la definición de la litis dependerá básicamente de los siguientes aspectos que resultan centrales, cuáles son los de establecer: ***(i)*** si realmente se ha configurado y/o se encuentra acreditada dentro del expediente, tal como alega la Convocada, la elusión de las tarifas de peaje que debían recaudarse de los usuarios, lo cual obedecería a la falta de puesta en funcionamiento y operación de la Caseta de Control de Peaje Cocora, cuestión de la cual, además, sería responsable la Entidad Estatal Contratante y, a la vez, Convocada; ***(ii)*** si realmente se ha configurado y/o se encuentra acreditado dentro del plenario, según lo alega la Demandante, la materialización del riesgo consistente en la adopción de tarifas de peaje diferenciales o exenciones en favor de grupos de potenciales usuarios de la vía; ***(iii)*** si los dos (2) puntos anteriores han afectado la estructura financiera del contrato de concesión No. 002 de 2015 y/o de los elementos que integran dicha estructura financiera en tanto se ha configurado y/o se encuentra acreditado dentro del plenario, según lo alega la Demandante, la materialización del riesgo de imposibilidad –total o parcial– del recaudo en el Peaje de Cocora por razones no imputables al Concesionario; ***(iv)*** si como consecuencia de lo anterior, en el presente caso hay lugar, como lo pide la Demandante, a activar y aplicar los mecanismos de compensación de riesgos previstos en el Contrato por el menor valor de recaudo del peaje y, si ellos no fueren suficientes, si se podrá disponer su terminación; *y,* ***(v)*** si en el presente caso hay lugar, como lo pide la Demandante, a *"… la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato",* estipulación que, según ya se indicó, establece y define la fórmula que los Co-contratantes acordaron para liquidar el contrato en caso de *"Terminación Anticipada en Etapa de Operación y Mantenimiento".*

Por tanto, del examen de esos aspectos centrales deberá servirse el Tribunal para efectos de determinar si hay lugar a la estimación de las pretensiones de la demanda, cuestión que necesariamente dependerá de la circunstancia consistente en que realmente se hubieren configurado o que efectivamente hubieren acaecido las circunstancias fácticas que en apoyo de sus pretensiones ha invocado, relacionado y expuesto la Parte Demandante, lo cual únicamente podrá tenerse como cierto en cuanto al proceso se hubieren aportado los elementos de acreditación o de prueba que así lo reflejen, puesto que en este punto resulta fundamental tener presente la obligatoriedad que para el Tribunal comporta la

[105] ***"CUARTA.-*** *Que se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– a cubrir en favor de APP GICA las costas del proceso y las correspondientes agencias en derecho".*

aplicación del mandato consagrado en el artículo 164 del Código General del Proceso –C.G.P.–, a cuyo tenor:

> *"ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho".* (Se deja subrayado).

11.- SOBRE LA ELUSIÓN DE PEAJE Y SI SE PRESENTA LA ELUSIÓN EN ESTE CASO

En la pretensión declarativa Décima Segunda de la demanda arbitral subsanada la Parte Convocante pide que este Tribunal "[…] *declare que como consecuencia de la no instalación de la Caseta de Control a que se refiere la pretensión SÉPTIMA, se ha generado una elusión en el pago de las tarifas correspondientes en la Estación de Peaje Cocora que en el caso de que ésta existiera y operara sería evitada".*

En ese sentido, la Parte Convocante considera que por el hecho de no haberse instalado la caseta de control de peaje a que hace referencia la citada pretensión Séptima,[106] se generó un hecho con el cual se materializó el riesgo de **elusión** a cargo de la ANI que afectó la estructura tarifaria prevista en el Contrato, lo que conlleva a que por razones no imputables al Concesionario, le fue imposible realizar parte del recaudo en el Peaje de Cocora y que, con ello, se ha generado un menor valor de recaudo del peaje.

La **ANI** acepta que, en efecto, no se ha instalado la Caseta de Control de Peaje de Cocora, pero señala que ello es consecuencia del incumplimiento de la Concesionaria, en cuanto no ha adelantado las gestiones y actividades necesarias para modificar la Resolución de Peaje 0175 de 2015; que no se ha configurado el riesgo de elusión, en tanto que por definición contractual, dicho riesgo exige que el tráfico esperado se desvíe por una vía alterna nueva o no contemplada y que ello suceda por decisión de la **ANI,** nada de lo cual se tiene por cumplido en este caso, pues el tráfico existente atraviesa el mismo corredor concesionado ya existente (y no una vía alterna o nueva) y lo hace de conformidad con la definición que voluntariamente adoptaron las Partes.

Así, entonces, el problema a resolver es si está probada una elusión en la caseta de Peaje de Cocora que afecta la estructura tarifaria y, consecuencialmente, si se

[106] "*SÉPTIMA.- Se declare que mediante la Parte Especial y los Otrosíes 1 y 3 al Contrato de Concesión 002 de 2015, la Entidad Concedente y la Concesionaria convinieron la construcción, dotación y puesta en operación de una Caseta de Control de Peaje Cocora que se ubicaría entre el Pr73+375 de la Vía Ibagué– Cajamarca (Ruta 4003) y representaría un punto de recaudo de las tarifas de peaje vigentes de mano de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA- que transitasen en el sentido Ibagué–Cajamarca mediante el uso de la vía entre el Combeima y Cocora, perteneciente a la Unidad Funcional 1 de la segunda calzada Ibagué–Cajamarca y aquellos que se desplazasen en el sentido Cajamarca–Ibagué mediante el uso de la vía nacional existente Ibagué–Cajamarca (Ruta 4003).Demanda Subsanada página 7."*

genera un desbalance en el recaudo de peaje que se hace necesario compensar o evitar que se siga generando.

Para tal efecto, es necesario revisar lo que en la génesis del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 del 12 de febrero de 2015, sus Apéndices y sus demás pactos modificatorios, contemplaron *como elusión de peaje* y qué diferencia existe con la *evasión de peaje* y si ello guarda congruencia con lo previsto en la ley, la doctrina y/o la jurisprudencia que, de constatarse, puede producir consecuencias de carácter económico, estén o no previstas en el Contrato.

11.1- LO PACTADO ENTRE LAS PARTES

11.1.1.- EN LA PARTE GENERAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DEL 12 DE FEBRERO DE 2015

En el numeral 3.15 Cuentas y Subcuentas del Patrimonio Autónomo, letra (h) Cuenta ANI, numeral (2), se consagra que la Subcuenta de Recaudo Peaje de la Cuenta ANI se creará *"con la suscripción del Contrato de Fiducia Mercantil, y se fondeará con el Recaudo de Peaje, entendiendo por tal el resultado de multiplicar el tráfico efectivo de vehículos por la tarifa de cada categoría vehicular señalada en la Resolución de Peaje –o sus modificaciones– (tarifa neta sin incluir la contribución al Fondo de Seguridad Vial ni ninguna otra sobretasa o similar que tenga destinación diferente al Proyecto), independientemente de la cantidad efectivamente recaudada por el Concesionario,* ***en tanto el riesgo de evasión es a cargo de éste"*** (negrillas fuera de texto).

De otra parte, en el numeral 13.2 Riesgos asignados al Concesionario, en la letra a), subnumeral (xxiv), se prevé que *"los efectos favorables o desfavorables derivados de la evasión de los Peajes por los usuarios"* son del Concesionario.

En el Capítulo IV, Etapa Preoperativa – Generalidades, dentro las Principales Obligaciones a cargo del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción, en el numeral 4.2 se acordó que, *"[….] sin perjuicio de las demás obligaciones previstas en otros apartes de este Contrato, o en sus Apéndices y/o Anexos, el Concesionario tendrá […]" que (r) "Dar los avisos correspondientes a las autoridades de tránsito competentes y colaborar con las mismas en el control de la utilización de vías que tengan como finalidad o efecto* ***la evasión y/o elusión en el pago del Peaje****, obligación que aplica también para la Fase de Construcción y la Etapa de Operación y Mantenimiento (…)".* (Resaltado fuera de texto).

Del mismo modo, en el Capítulo XIII, Ecuación Contractual y Asignación de **Riesgos,** se consagraron como riesgos a cargo de la ANI, numeral 13.3. "[…] *(d) Los efectos desfavorables derivados* ***de la elusión de los Usuarios de los Peajes, entendida como el uso legítimo de nuevas vías alternas, no contempladas actualmente,*** *que tenga como efecto el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto* (negrillas fuera de texto) y, a continuación, en su parágrafo, precisa su forma de valoración donde consecuencialmente se determina que ***"La elusión de los Usuarios de los Peajes se define como el uso legítimo de vías alternas no***

contempladas en los estudios de tráfico del proyecto por decisiones discrecionales del Estado que deriva en el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto, generando un efecto negativo dada una reducción en los ingresos del mismo."[107] (Resaltado fuera de texto).

11.1.2.- EN LA PARTE ESPECIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DEL 12 DE FEBRERO DE 2015

En la Parte Especial del Contrato de Concesión se pactó lo siguiente:

> *"3.7 Estaciones de Peaje*
>
> *"El Proyecto contará con tres (3) Estaciones de Peaje, dos (2) existentes y una (1) nueva, las cuales serán entregadas o instaladas según se describe a continuación:*
>
> *"(a) Las estaciones de Peaje del Sistema vial Existente Girardot–Ibagué–Cajamarca serán entregadas por la ANI al Concesionario como parte de la infraestructura, una vez la (sic) ocurra la reversión efectiva del contrato de concesión No. 007 de 2007. La fecha estimada de entrega de las Estaciones de Peaje es como sigue:*

Caseta de Peaje	***Fecha de Entrega Estimada***
Gualanday	*1 de febrero de 2025*
Chicoral	*1 de febrero de 2025*

> *"(b) La nueva Estación de Peaje Cocora será instalada por el Concesionario de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Apéndice Técnico I.*
>
> *"El Recaudo de Peaje de la Estación de Peaje Cocora, comenzará a efectuarse al Día siguiente a la fecha de la firma del Acta de Terminación de la respectiva Unidad Funcional 1".*

[107] Y continúa en el mismo parágrafo *[…] En consecuencia de lo anterior, al momento de materializarse este riesgo se deben tener en cuenta tres variables principales: [a] el tráfico pronosticado del corredor vial que se tomó en cuenta para el proyecto, [1)] el tráfico real de esta misma vía y [c] el tráfico real del(los) corredor(es) alterno(s). El Valor del Riesgo Materializado, será estimado como el conteo de tráfico que transita por el(los) corredor(es) alterno(s) multiplicado por la (sic) tarifas aplicables vigentes. La activación del riesgo será considerada desde el momento en el cual el (los) corredor(es) vial(es) alterno(s) esté(n) habilitado(s) y apto(s) para la circulación de tráfico vehicular. A partir de este momento, y considerando la continuidad del riesgo hasta la finalización del proyecto, la medición de este riesgo tendrá una recurrencia mensual a partir de su identificación. Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General.*

Así, entonces, la Estación de Peaje de Cocora que, es la estación o caseta nueva, se instalaría por el Concesionario de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del **Apéndice Técnico I.**

En el citado Apéndice I, ***"Capítulo III – Instalaciones en el Corredor del Proyecto",*** en el numeral ***"3.6 Estaciones de Peaje Nuevas",*** se determinó lo siguiente:

"Tabla 18 — Estaciones de Peaje — Fase de Construcción

Nombre	***Ubicación Aprox.***	***Sentido de Cobro***
Peaje Cocora	*Valle del Cocora*	*Unidireccional (Sentido Ibagué — Cajamarca)*

"A continuación se indican las Estaciones de Peaje que el Concesionario deberá instalar al inicio de la Fase de Operación de la Unidad Funcional 3 de acuerdo con lo establecido en el Apéndice Técnico 2.

"Tabla 19 — Estaciones de Peaje— Fase de Operación

Nombre	***Ubicación Aprox.***	***Sentido de Cobro***
Peaje Cocora	*Valle del Cocora*	*Unidireccional (Sentido Cajamarca - Ibagué)"*

Así, en la Estación de Peaje Cocora que el Concesionario debía instalar en la Fase de Construcción, el sentido de cobro sería **Unidireccional** sentido **Ibagué** – **Cajamarca;** a su turno, en la misma Estación de Peaje Cocora que el Concesionario debía instalar al inicio de la Fase de Operación de la Unidad Funcional 3 de acuerdo con lo establecido en el Apéndice Técnico 2 – ***Condiciones para la operación y mantenimiento***, el sentido de cobro sería **Unidireccional** sentido **Cajamarca** – **Ibagué,** solo que su recaudo empezaría al día siguiente de la firma del Acta de Terminación de la respectiva Unidad Funcional 1, de conformidad con lo previsto tanto en el numeral 3.6 (b) de la *Parte Especial*, como en el *Apéndice Técnico 2 – Condiciones para la operación y mantenimiento.*

El proyecto inicial contemplaba que la Unidad Funcional 3 se entraría a operar y mantener por GICA en el año 2025.

Por su parte, también en l**a Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015**, ***"Capítulo IV – Aspectos Económicos del Contrato",*** en el numeral ***"4.1 Porcentaje de Participación de las Unidades Funcionales",*** se previó lo siguiente:

"4.1 Porcentaje de Participación de las Unidades Funcionales

"Como se describe en Apéndice Técnico 1, el Proyecto está dividido en Tres (3) Unidades Funcionales, a las cuales se les asigna el siguiente porcentaje de participación en el Proyecto (dependiendo de los ingresos que recaude el Concesionario), para efectos del cálculo de la Retribución para cada Unidad Funcional:

"Asignación de Peajes

Unidad Funcional	***Porcentaje de Participación (2021)***	***Porcentaje de Participación (2022)***	***Porcentaje de Participación (2023)***	***Porcentaje de Participación (2024)***
1	*100%*	*100%*	*100%*	*100%*
2	*0%*	*0%*	*0%*	*0%*
3	*0%*	*0%*	*0%*	*0%*

"A partir del primero (1°) de febrero del año 2025, es la fecha estimada en la cual se hará entrega por parte de la ANI al Concesionario de los Peajes Existentes Gualanday y Chicoral, hasta el fin de la concesión, la retribución para cada unidad funcional dependerá del incremento de tarifas y del cobro en doble sentido de la Estación de Peaje Cocora (Nueva):

"Asignación de Peajes (Peaje Cocora en 2 sentidos e incremento de tarifas):

Unidad Funcional	***Porcentaje de Participación (2025+)***
1	*41.5%*
2	*41.5%*
3	*13.1%*
Total Peajes	*100.0%*

"Asignación de Ingresos por Explotación Comercial

(…)"

A su vez, en el numeral 4.2. Estructura Tarifaria, se previó lo siguiente:

"4.*2. <u>Estructura Tarifaria</u>*

(a) Para efectos de lo dispuesto en la Sección 1.138 de la Parte General, y de acuerdo con lo establecido por la Resolución número 0000175 del 6 de febrero de 2015, la estructura tarifaria

que regirá el Proyecto estará compuesta por las siguientes tarifas:

"i.	*Una vez se terminen las obras de la Unidad Funcional 1 o cuando se cumplan los supuestos del numeral 3.7 de esta Parte Especial,* ***se instalará el peaje de Cocora y una caseta de control****. Las tarifas iniciales de estos peajes, expresadas en pesos de Mes de Referencia, serán la siguientes:* *Tarifas al usuario para la Estación de Peaje nueva Cocora* *(…)"* *(Resaltado fuera del texto)*

(b) Considerando que la entrada en operación de la nueva caseta asociadas a las Unidad Funcional 1, puede no coincidir con el inicio del año calendario, para la primera actualización de las tarifas señaladas en el numeral anterior, se aplicará lo establecido en los literales c) y d) de este numeral utilizando el IPC entre la fecha de referencia de las tarifas (2012) y el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia del cobro de dichas tarifas. Para el caso de la segunda y posteriores actualizaciones, de estas tarifas, aplicará lo establecido en los literales c) y d) del presente numeral.

(…)

"4.3 Cálculo de la Retribución

(a) El cálculo de la Retribución por Unidad Funcional para cada Mes será efectuado de acuerdo con la siguiente fórmula: (…)"

De lo anterior se infiere que en la **Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015, *"Capítulo IV – Aspectos Económicos del Contrato", "4.2. Estructura Tarifaria"*,** se pactó instalar el peaje de Cocora con una caseta de control cuyos recaudos harían parte de la estructura tarifaria, una vez se terminara la Unidad Funcional 1, o se cumplieran los supuestos previstos en el numeral 3.7 de la Parte Especial, atrás indicado (reversión efectiva del Contrato 007 de 2007, durante la fase de construcción y durante la fase de operación de la Unidad Funcional 3).

11.1.3.- EN EL APÉNDICE TÉCNICO No. 2 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DEL 12 DE FEBRERO DE 2015

Además de lo anterior, en el numeral ***"3.3. Obligaciones Particulares de Operación",*** concretamente su numeral **"3.3.9*.1 Protocolo de Coordinación con la Policía de Carreteras*",** el Concesionario se obligó –entre otras– a suministrar a la Policía de Carreteras, o a quien ésta delegue, la información necesaria y oportuna para el desarrollo de los operativos de control y seguimiento del tránsito, control del peso de vehículos de carga, **evasión de peaje,** control de embriaguez y prevención de accidentalidad.

11.1.4.- EN EL OTROSÍ No. 1 DEL 6 DE FEBRERO DE 2016 AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DEL 12 DE FEBRERO DE 2015

En el numeral 11 de los considerandos relacionados con la operación y mantenimiento Anticipado del corredor existente *"Ibagué-Girardot-Cajamarca",* del ***Otrosí No. 1*** *del 6 de octubre de 2016* al Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015, se recordó lo contemplado en la Sección 3.7 de la Parte Especial del Contrato (antes indicado) en el cual se dispuso que el proyecto contaría con 3 estaciones de peaje, 2 existentes y 1 nueva, las cuales serían entregadas o instaladas así:

> *"(a) Las estaciones de peaje del sistema vial existente* ***Girardot-Ibagué-Cajamarca*** *serán entregados por la ANI al Concesionario como parte de la infraestructura, una vez ocurra la reversión efectiva del contrato de concesión No 007 de 2007. La fecha estimada de entrega de la (sic) Estaciones de Peaje es como sigue:*
>
> | ***Caseta de Peaje*** | ***Fecha de Entrega Estimada*** |
> |---|---|
> | *Gualanday* | *1 de febrero de 2025* |
> | *Chicoral* | *2 de febrero de 2025* |
>
> *"(b) La nueva Estación de Peaje Cocora será instalada por el Concesionario de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Apéndice Técnico I.*
>
> *"El Recaudo de Peaje de la Estación de Peaje Cocora, comenzará a efectuarse al Día siguiente a la fecha de la firma del Acta de Terminación de la respectiva Unidad Funcional 1".*

En el numeral 12 de las mismas consideraciones, se reiteró que *"A partir del 1°de febrero de 2025, es la fecha estimada en la cual se hará entrega por parte de la ANI al Concesionario de los Peajes Existentes Gualanday y Chicoral, hasta el fin de la concesión, la retribución para cada unidad funcional dependerá del incremento de tarifas y del cobro en doble sentido de la Estación de Peaje Cocora* (Nueva) *(...)".*

A continuación, en el numeral 14 de las citadas consideraciones del Otrosí No. 1 de 2016, se acordó que:

> *"14. Con el fin de garantizar el recaudo y evitar la elusión de peaje en el tramo Coello Cocora – Boquerón de la vía existente,* ***el Concesionario deberá instalar a su cuenta y riesgo una caseta de control adicional a la nueva Estación de Peaje Cocora, que iniciará su operación una vez se termine la UF2. Dicha caseta deberá ubicarse dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015[108] la cual de ser necesario se modificará y deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos".*** (Negrillas fuera del texto).

En el artículo primero de la citada Resolución se identifican los Pr para la estación de Peaje Cocora y es respecto de esos mismos a los que el Otrosí No. 1 remite para que sea instalada la Estación de Control:

> ***"ARTÍCULO PRIMERO:*** *Emitir concepto vinculante previo favorable, para el establecimiento de (1) una estación de peaje, en el proyecto vial Segunda Calzada de la Vía Ibagué– Cajamarca, en sentido bidireccional que se denominará Peaje Cocora, el cual se ubicará en el sector denominado Valle del Cocora; así: vía Ibagué Cajamarca existente (Ruta 4003) entre el PR69+000 al PR70+000 y segunda calzada Ibagué– Cajamarca entre el K13+000 al K14+000".*

Aquí debe tenerse presente que el Otrosí No. 1 del 6 de octubre de 2016 es posterior a la Resolución No. 0175 del 6 de febrero de 2015, por lo cual cuando en este Otrosí se determina ***que la caseta de control adicional a la nueva Estación de Peaje Cocora, debe ir dentro de los Pr definidos en la Resolución 0175 de 2015,*** refiere a los Pr de la caseta de Peaje Cocora, pues resulta natural y obvio que es allí donde se debía construir y colocar físicamente el control a la elusión del nuevo peaje Cocora que se instalaría conforme al Contrato de Concesión.

En el Parágrafo de la CLÁUSULA SEGUNDA del citado Otrosí No. 1, se acordó lo siguiente:

> ***"PARÁGRAFO****: La construcción de la Doble Calzada – Variante Boquerón, iniciará con las obras de la calzada izquierda la cual hace parte del cronograma de la UF1 y operará en sentido Ibagué – Cajamarca. Las obras de la calzada derecha harán parte de la UF2 y se construirá con el cronograma de esta UF. Una vez se termine la construcción de la calzada derecha, esta*

[108] Pie de página original "[4] '*Por la cual se emite concepto vinculante previo al establecimiento de una estación de peaje denominada 'Peaje Cocora', se establecen la tarifa a cobrar en la anterior estación y se adoptan otros disposiciones, en relación con las estaciones de peaje denominadas 'Gualanday' y 'Chicoral' existentes en el trayecto Girardot - Ibagué pertenecientes al proyecto vial Girardot - Ibagué — Cajamarca*'."

> *operará en sentido Ibagué–Cajamarca y la calzada izquierda operará en sentido Cajamarca–Ibagué."*

Así, queda claro, entonces, que la construcción de la ***Doble Calzada – Variante Boquerón***, iniciaría con **las obras de la calzada izquierda,** la cual hacía parte del cronograma de la **UF1** y, operaría en sentido **Ibagué – Cajamarca,** mientras que las obras de la **calzada derecha** harían parte de la **UF2** y se construiría con el cronograma de esta UF. También queda claro que, de conformidad con lo pactado, una vez se terminara la construcción de la calzada derecha**, se invertirían los sentidos de ambas calzadas**, es decir, la calzada derecha operaría en sentido Ibagué–Cajamarca y la calzada izquierda operaría en sentido Cajamarca–Ibagué.

A su vez, en la CLÁUSULA TERCERA del Otrosí No. 1, se pactó lo siguiente:

> ***"CLÁUSULA TERCERA. INSTALACIÓN NUEVA CASETA DE PEAJE y PESAJE 'COCORA'.*** *La instalación de la estación de peaje y pesaje de Cocora en sentido Ibagué-Cajamarca iniciará su operación una vez se suscriba el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1. La estación de peaje y pesaje en sentido Cajamarca-Ibagué será instalada e iniciará su operación una vez se termine la UF2 y se suscriba Acta de Terminación de esta UF. Adicionalmente el Concesionario instalará a su cuenta y riesgo una caseta de control de peaje en la vía existe dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y que deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos".*

Así, quedó claro que la instalación de la nueva caseta de peaje y pesaje "Cocora" **en sentido Ibagué-Cajamarca** iniciará su operación una vez se suscribiera el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1 y que la estación de peaje y pesaje **en sentido Cajamarca-Ibagué** sería instalada e iniciaría su operación una vez se terminara la UF2 y se suscribiera el Acta de Terminación de esa UF. Así mismo, quedó absolutamente claro que adicionalmente el Concesionario instalaría a su cuenta y riesgo ***"una caseta de control de peaje en la vía existente dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015, la cual, de ser necesario se modificaría, y que deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos".*** (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Ello significa que en esta Cláusula se acordó, entonces, lo que atrás se había considerado en el numeral 14 acerca de que ***para garantizar el recaudo y evitar la elusión*** el Concesionario debía instalar a su cuenta y riesgo una caseta de control de peaje en la vía existente y dentro de los Pr establecidos en la ya tantas veces citada Resolución No. 175 de 2015. Por lo tanto, aquí se reitera que esos Pr son los de la estación de Peaje de Cocora y no de otra y las tarifas a cobrar necesariamente debían ser las mismas fijadas por esa Resolución 715 de 2015 para ese peaje.

En la citada Cláusula se acordó que solo de ser necesario se modificaría la Resolución, pero habiéndose definido que su ubicación se haría dentro de los Pr establecidos para la Estación de Peaje y, entendido que serían las mismas tarifas, no se requería, como no se hizo, su modificación y por ello, tampoco se requería insumo alguno.

11.1.5.- EN EL OTROSÍ No. 3 DEL 23 DE AGOSTO DE 2019 AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 002 DEL 12 DE FEBRERO DE 2015

Con la suscripción del Otrosí No. 3 del 23 de agosto de 2019 al Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015, se modificaron algunas Cláusulas del Otrosí No 1 del 6 de octubre de 2016.

En efecto, mediante los Parágrafos Primero y Segundo de la CLÁUSULA PRIMERA que modificó la CLÁUSULA SEGUNDA del Otrosí No. 1, se pactó lo siguiente:

> ***"PARÁGRAFO PRIMERO:*** *La construcción de la Doble Calzada – Variante Boquerón, iniciará con las obras de la calzada izquierda la cual hace parte del cronograma de la UF1 y operará en sentido Ibagué – Cajamarca. Las obras de los Subsectores 2 y 3 de la calzada derecha harán parte de la UF2 y se construirá con el cronograma de la UF2.* ***PARAGRAFO SEGUNDO: EL CONCESIONARIO*** *ajustará su Plan de Obras para que las obras de la calzada derecha inicien el 15 de abril de 2020 y terminen a más tardar el 31 de diciembre de 2021. Una vez se termine la construcción de la calzada derecha, esta operará en sentido Ibagué – Cajamarca y la calzada izquierda operará en sentido Cajamarca – Ibagué".* (Subrayado fuera de texto).

A su vez, en la CLAUSULA SEGUNDA de este Otrosí No. 3, se previó que una vez que se construyera la calzada derecha, la Agencia y el Concesionario, previo el cumplimiento de los requisitos contractuales, suscribirán un documento denominado ***"Acta de puesta en servicio anticipado"*** con el fin de ponerla en servicio. Luego, en el PARÁGRAFO TERCERO de la misma Cláusula, se lee que si el Concesionario incumple con los indicadores para la actividad de administración de la estación de peaje en sentido Cajamarca – Ibagué para el período indicado, la Agencia podrá descontar, previa verificación del Interventor, hasta el 10% del valor mensual que se reconoce por esta actividad, esto es, sobre el 6% más IVA del valor total del recaudo mensual por actividades de administración de la estación de peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, ***incluyendo el recaudo de la caseta de control en ese sentido*****,** entre la fecha de instalación de esa estación de peaje y la fecha de terminación de la Unidad Funcional 2, al cual se refiere la CLAUSULA TERCERA.

Con la citada CLÁUSULA TERCERA del Otrosí 3 se modificó la CLÁUSULA TERCERA del Otrosí No. 1 de 6 de octubre de 2016, de la siguiente manera:

> ***"CLÁUSULA TERCERA.*** *Modificar la Cláusula Tercera del Otrosí número 1 de 6 de octubre de 2016, la cual quedará así:*
>
> ***'CLÁUSULA TERCERA. INSTALACIÓN NUEVA CASETA DE PEAJE Y PESAJE 'COCORA'.*** *La estación de peaje de Cocora en sentido Ibagué – Cajamarca iniciará su operación una vez se suscriba el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1. La Estación de peaje Cocora en sentido Cajamarca – Ibagué será instalada el 1 de enero de 2022 a la terminación de las obras correspondientes a la calzada derecha, e iniciará el Recaudo de las Tarifas de Peaje a partir de esa fecha.* ***PARÁGRAFO PRIMERO: EL CONCESIONARIO*** *instalará a su cuenta y riesgo el 1° de enero de 2022 una caseta de control de peaje en la vía existente dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO: LA AGENCIA*** *reconocerá al* ***CONCESIONARIO*** *el 6% más IVA del valor total del recaudo mensual por concepto de actividades de administración de la Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca – Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, entre la fecha de instalación de esa Estación de Peaje, esto es, 1° de enero de 2022, y el 14 de abril de 2024'."*

De la lectura de las CLÁUSULAS TERCERA del Otrosí No. 1 del 6 de octubre de 2016 y la misma CLÁUSULA TERCERA del Otrosí 3 del 23 de agosto de 2019, se encuentran dos diferencias notables, a saber:

Conforme al Otrosí No. 1 de 2016, ***la estación de peaje y pesaje*** en sentido Cajamarca – Ibagué sería instalada e iniciaría su operación, **una vez se terminara la UF2 y se suscribiera el Acta de Terminación de esa UF.**

Mediante el Otrosí No. 3 de 2019, ***se le puso una fecha concreta a la instalación de la Estación de Peaje Cocora*** en sentido Cajamarca – Ibagué ***para el 1 de enero de 2022 a la terminación de las obras de la calzada derecha*****,** es decir, ya NO se supeditó su instalación a la terminación de la unidad Funcional 2, de tal modo que se definió de manera precisa que su recaudo también iniciaría en esa misma fecha: **1 de enero de 2022.**

Adicionalmente y para tener en cuenta, en el Parágrafo Primero de esta CLÁUSULA TERCERA del Otrosí No. 3, también se fijó de manera cierta la ***misma fecha del 1 de enero de 2022, para instalar a cuenta y riesgo del Concesionario la caseta de control en la vía existente*** y dentro de los PR fijados en la Resolución de 175 de 2015, cumpliendo las especificaciones previstas en el Contrato y sus Apéndices.

Más adelante, en la CLÁUSULA DÉCIMA de este Otrosí No. 3 de 2019, se lee lo siguiente:

> ***"CLÁUSULA DÉCIMA. RIESGOS. LAS PARTES*** *entienden y aceptan que la presente modificación no conlleva a la alteración de los riesgos. En todo caso, los riesgos de* ***LA AGENCIA*** *señalados en el (sic) Sección 13.3 de la Parte General del Contrato, sólo se podrán activar una vez se termine la Unidad Funcional 2, razón por la que el concesionario no reclamará compensaciones por activación de riesgos durante el lapso comprendido entre la entrega anticipada de las obras objeto de este otrosí y la fecha de entrega de la Unidad Funcional 2. Así mismo, lo regulado en la Sección 3.4 de la Parte General del Contrato se aplicará a partir de la terminación de la Unidad Funcional 2".*

De esta manera se tiene que con lo estipulado en esta CLÁUSULA DÉCIMA[109] quedaron cobijados todos los riesgos inicialmente atribuidos a la **ANI**, como, por ejemplo, el de **elusión de peaje,** previsto, como atrás se señaló, en el "CAPÍTULO XIII ECUACIÓN CONTRACTUAL Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS" **numeral 13.3**. **litera d,** a saber:

> *"[…] Los efectos desfavorables derivados de la elusión de los Usuarios de los Peajes, entendida como el uso legítimo de nuevas vías alternas, no contempladas actualmente, (…) La elusión de los Usuarios de los Peajes se define como el uso legítimo de vías alternas no contempladas en los estudios de tráfico del proyecto por decisiones discrecionales del Estado que deriva en el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto, generando un efecto negativo dada una reducción en los ingresos del mismo."*

Según queda visto, en los términos de esa nueva cláusula se definió entonces que NO se podría activar, como tampoco se podrían solicitar las ***compensaciones previstas en la sección 3.4***. de la Parte General del Contrato que, entre otros, regula la materia referida a *"compensación alguna o compensación por riesgos",* durante el lapso comprendido entre la entrega anticipada de las obras objeto del citado Otrosí No. 3 y la fecha de la Unidad Funcional 2.

11.2.- SOBRE LA ELUSIÓN Y LA EVASIÓN

De lo atrás reseñado, el Tribunal encuentra que los términos **Elusión** y **Evasión** se leen en varios documentos contractuales; sin embargo, sobre la definición de ***elusión*** y cuándo se constituye a la luz de este Contrato, solo se halla una vaga definición o un solo alcance, como por ejemplo en el *"CAPÍTULO XIII ECUACIÓN*

[109] Tal como el Tribunal lo realizará más adelante, esta estipulación exige ser examinada en cuanto a su eficacia y/o su validez, en tanto que ella puede constituir una barrera para el ejercicio de la acción contractual y, consecuencialmente, para el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, por cuanto no le es dable a las partes establecer reglas de procedibilidad o reglas de prescripción o de caducidad que impacten dicho ejercicio, todo lo cual corresponde exclusivamente al legislador en virtud del principio constitucional de reserva de ley.

CONTRACTUAL Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS", numeral 13.3 letra d, en el cual se prevé como riesgo a cargo de la ANI *"Los efectos desfavorables derivados de la* ***elusión*** *de los Usuarios de los Peajes,* ***entendida como el uso legítimo de nuevas vías alternas, no contempladas actualmente****"* y más concretamente en su Parágrafo, en el cual se lee:

> *"La elusión de los Usuarios de los Peajes se define como el uso legítimo de vías alternas no contempladas en los estudios de tráfico del proyecto por decisiones discrecionales del Estado que deriva en el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto, generando un efecto negativo dada una reducción en los ingresos del mismo".*

Por su parte, la mención a la ***evasión de peaje*** a la que se refiere el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015 y más concretamente como un riesgo a cargo del Concesionario, no da muchas luces para su definición o alcance, pero se debe entender como aquel que resulta del uso de la vía concesionada por un usuario que pasa por la caseta de peaje y no paga el peaje, debiendo hacerlo, porque pasa de largo llevándose la barrera de control o simula estar exento de pagarlo.

En relación con este segundo evento el Documento CONPES 3107[110] sobre *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura,* del 3 de abril de 2001, se dice que la **evasión de peaje** está catalogada dentro de los riesgos comerciales y, por lo mismo, es atribuible al Concesionario, toda vez que, *"la mitigación de su impacto depende en la mayoría de los casos de la gestión comercial que pueda hacer el operador del sistema y/o el prestador del servicio*"[111].

Ahora, es escasa la doctrina arbitral relacionada con la definición y alcance de la **elusión** y la **evasión de peajes.** Se hace referencia a la doctrina arbitral toda vez que, la sede arbitral se ha constituido, en los últimos años, como un escenario generalizado o natural donde se han ventilado y decidido las controversias que originadas en los Contratos de Concesión de infraestructura vial bajo el esquema de APP.

En efecto, por primera vez, el Tribunal Arbitral de Concesionaria San Rafael S.A. Vs. ANI (Caso 116306) en el Laudo del 12 de abril de 2021 se refirió a la **elusión** y la **evasión** de peajes y su argumentación fue acogida luego por el Tribunal Arbitral que tuvo lugar entre las mismas Partes según lo refleja el Laudo del 14 de marzo

---

[110] En el numeral 7 del Otrosí No. 1 de 2016 al Contrato de Concesión, se señala que la *"[…] identificación, distribución y asignación de los riesgos se ajusta a lo establecido en los documentos Conpes 3107 de 2001, 3133 de 2011, 3714 de 2011 y a los lineamientos de Política de Riesgos del programa de cuarta generación de concesiones viales según Documento Conpes 3760 de 2013 y 3800 de 2014".*

[111] *https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3107.pdf*

del año en curso (Radicado No.130853). En el primero de ellos, el respectivo Tribunal de Arbitraje sostuvo:

> ***"4.3.4.1 El concepto de Elusión.***
>
> *"La primera constatación que hace el Tribunal es que el Contrato de Concesión no define el concepto de Elusión y por eso, no se puede establecer con certeza cuándo se presenta ese fenómeno a falta de conocer sus elementos constitutivos.*
>
> *"La palabra eludir tiene un efecto unívoco en el idioma español pero polisémico en materia de derecho. En español es evitar una dificultad o una obligación; en derecho puede significar una acción lícita o ilícita.*
>
> *"En derecho la palabra eludir puede significar una acción lícita como cuando las partes podían celebrar un contrato mediante oferta y aceptación y no pagaban el impuesto de timbre o una acción ilícita o contraria a la ley como cuando una sociedad fiduciaria no realiza diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, según el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio. Nada se les podía achacar a las partes que decidían celebrar un contrato no presencial mediante el envío de una propuesta y la aceptación posterior de la misma que no causaba el impuesto de timbre, hipótesis [que] está contemplada en la misma ley. Por el contrario, la fiduciaria que elude sus obligaciones por no desplegar toda la diligencia posible quebranta el mandamiento legal que se plasma en el contrato de fiducia.*
>
> *"La falta de definición contractual del concepto de Elusión se refleja en la posición de las Partes: para la Concesionaria, el no uso de la vía concesionada no puede generar Elusión y para la ANI, el uso de una vía paralela a la concesionada constituye una Elusión.*
>
> *"A pesar de la falta de definición, el Contrato de Concesión entiende que la Elusión debe evitarse y no cabe duda de que la Convocante tiene a su cargo esta obligación como se afirmó atrás.*
>
> *"El Tribunal coincide con la Convocante en que la hipótesis de circular por la vía concesionada y pasar por la caseta del peaje sin pagar su importe corresponde más a una evasión que a una Elusión.*
>
> *"Varias hipótesis distintas a la que origina la diferencia podrían corresponder a una Elusión: el automotor que utiliza vías*

públicas alternas para eludir el peaje sin usar la vía concesionada; el automotor que usa la vía concesionada pero antes del peaje toma una vía pública alterna y elude el peaje; el automotor que llega por la vía concesionada y retorna o se devuelve antes de pasar por el peaje.

"Si se acepta en gracia de discusión que sí son hipótesis de Elusión, ¿qué podría hacer la Concesionaria? Muy poco, aparentemente, pues no puede oponerse a que un automotor circule por vías públicas o que retorne antes de llegar al peaje. A no ser que se interprete que impedir la Elusión se traduce en una campaña cívica o comercial en que se invite a los conductores a utilizar la vía concesionada por sus ventajas de seguridad, amplitud, peraltes técnicamente construidos, servicios de grúa, gasolina y alimentación, etc.

"Ninguna o poca luz se desprende del Contrato para determinar si el evento propio que se discute es Elusión o no, a saber, la construcción de una vía paralela que implica el no uso de la concesionada, pero con el propósito de no dañar la capa o carpeta asfáltica de esta última.
[…]

"4.3.3.4 Las reglas de interpretación del contrato.

"El Tribunal debe ahora reparar en las reglas de interpretación de los contratos para ver si ellas confirman la interpretación de que no se presentó una Elusión o, si por el contrario, apuntan a la existencia de esa figura.

[…]

"El artículo 1624 del Código Civil que hace parte del Título XIII denominado 'De la interpretación de los contratos' establece en su inciso primero que ***No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.*** *El inciso segundo del mismo artículo prevé en su tenor literal, lo siguiente: Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.*(negrillas fuera de texto)"

Así, como se ha concluido en los Laudos proferidos por los Tribunales citados en precedencia (116306 y 130853) son pocas las luces que el Contrato y sus apéndices técnicos brindan sobre la **elusión** y la **evasión.**

En todo caso, para resolver la controversia que ha sido sometida a consideración de este Tribunal en los términos descritos tanto por la Parte Convocante como por la Parte Convocada, basta con entender que la ***elusión de peaje*** puede tener varios alcances porque pueden presentarse distintas circunstancias fácticas que hace que los usuarios de las vías prefieran ahorrarse el pago de la tarifa del peaje, para lo cual optan por una de distintas formas de evitar su pago como, por ejemplo, tomar vías alternas –nuevas o existentes–, que los trasladen al mismo punto de destino, pese a que su tráfico o el estado de las vías no sea el más seguro ni el más rápido; también quien haga desvíos o atajos de la vía con el fin de evitar en todo caso, el paso por la caseta de peaje o de control de peaje y, consecuentemente, el pago de la tarifa, no obstante que, vuelva a tomar kilómetros más adelante la vía objeto del pago de peaje.

En el caso objeto del presente análisis, conforme a los medios de prueba debidamente decretados y practicados en este proceso, quedó demostrado que para trasladarse de Ibagué a Cajamarca y sitios intermedios, en tanto que no se varió el sentido de la vía no obstante lo que está pactado en el Contrato, muchos usuarios del sistema vial siguen utilizando el antiguo tramo nacional existente entre Ibagué y Cajamarca (Ruta 4003) y con ello eluden o evitan el uso de la vía concesionada y, por lo tanto, el pago del peaje en la Estación de Cocora.

Distinto es el caso de la ***evasión de peaje,*** la cual ocurre total o parcialmente cuando desde el principio se toma y se usa la vía objeto del pago de la tarifa de peaje y además de pasar por ella, incluida la caseta de peaje, no se paga o se paga menos de lo que corresponde a la tarifa del peaje.

El Tribunal soporta esas precisiones, que dicen relación con el significado que en materia jurídica resulta posible atribuirle a los términos en mención, en la distinción que ha hecho la doctrina, particularmente aquella especializada en asuntos tributarios pues estamos en presencia de una tasa, entre las referidas figuras de **elusión** y **evasión,** para evidenciar que si bien el efecto práctico final de ambas expresiones se traduce en el no pago de una determinada tarifa o suma de dinero a la cual estaría inicialmente obligado el sujeto pasivo, en el caso de la **elusión** el no pago encontraría origen en la observancia de una conducta lícita, permitida por el ordenamiento jurídico, que no constituye hecho generador del pago o de la obligación respectiva (para el caso de los peajes correspondería, por ejemplo, a la utilización válida de una vía alterna), al paso que en la **evasión** existiría un componente ilícito, contrario al ordenamiento jurídico y/o no permitido por el mismo, de tal manera que el no pago encontraría su causa en la realización de conductas o maniobras que comportarían el desconocimiento o incumplimiento de la obligación de pagar que sí se habría configurado.

Ciertamente, en el trabajo elaborado en desarrollo de sus estudios en el diplomado de profundización en gestión tributaria, los autores[112] señalan:

[112] AGUIRRE BARRERA, Juan Felipe; RUIZ AGUDELO, Steven; VELÁSQUEZ VÁSQUEZ, Rafael. "LA EVASIÓN Y ELUSIÓN DE IMPUESTOS EN COLOMBIA". Monografía corta en el diplomado de profundización en gestión tributaria para optar al título de contador público en el programa de

"5. ¿QUÉ ES ELUSIÓN? Es la pieza clave de la planificación fiscal. Representa el aprovechamiento de los 'recursos legales' disponibles para conseguir la mínima carga fiscal o para diferir en el tiempo su impacto. Además, permite al contribuyente evitar que se realice el hecho imponible, con el fin de no pagar los tributos o abaratar los costos tributarios, procurando para ello valerse de vacíos legales o de interpretaciones favorables establecida en las leyes. Eludir también es sancionable y se combate con un análisis económico de los hechos que permita a quien realice el cálculo, determinar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas por los entes económicos para evitar el pago de los impuestos.

"5.1. EJEMPLOS DE ELUSIÓN:

"¿Cómo conseguir que no les practiquen retención en la fuente a título de renta? En el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 1430 se estableció lo siguiente: "Parágrafo 2°. Los titulares de los beneficios consagrados en el presente artículo no serán objeto de retención en la fuente, en los cinco (5) primeros años gravables a partir del inicio de su actividad económica, y los diez (10) primeros años para los titulares del parágrafo 1°". Para el efecto, deberán comprobar ante el agente retenedor la calidad de beneficiarios de esta ley, mediante el respectivo certificado de la Cámara de Comercio, en donde se pueda constatar la fecha de inicio de su actividad empresarial acorde con los términos de la presente ley, y/o en su defecto con el respectivo certificado de inscripción en el RUT."

"6. ¿QUÉ ES EVASIÓN? Según el diccionario de la real academia española el término evasión es Efugio para evadir una dificultad. Consiste en una violación a la ley, una trasgresión directa a las normas tributarias, al control fiscal, lo que ocasiona el incumplimiento o no pago de las obligaciones tributarias, no pagar impuestos. Por lo tanto se configura como una figura delictiva, ya que el contribuyente no cumple con sus obligaciones tributarias, convirtiendo su conducta en una infracción que debe ser sancionada. Intenta reducir los costos tributarios, utilizando para ello medios ilícitos y vedados por las leyes, como la alteración de documento, el contrabando, fraude, omitir o incluir transacciones facticias, etc. contra los que las autoridades deben luchar con todos sus medios legales para conseguir recuperar los ingresos tributarios perdidos.

Contaduría Pública. INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO. FACULTAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES - CONTADURÍA PÚBLICA, 2012.

"En términos generales la evasión de impuestos puede definirse como el acto de no declarar y no pagar un impuesto en contradicción con el espíritu de la ley, que tenía por objeto de gravar una determinada actividad".

"(…)

"La evasión de impuestos no sólo es practicada por particulares y profesionales independientes. Igualmente las empresas y compañías multinacionales recurren a prácticas de este tipo, aunque suelen utilizar sistemas más sofisticados que tratan de dar un "maquillaje" de aparente legalidad a sus operaciones.

"7. DIFERENCIAS: ELUSIÓN – EVASIÓN

"Elusión
"- No tiene castigo, pero puede ser sancionable.
"- El menor pago de impuestos es causado por la misma ley.
"- Tiene como único fin evitar un pago de impuestos o disminuir el mismo.
"- Por las inconsistencias de la misma ley.

"Evasión
"- Es incumplimiento legal directo de la ley.
"- Se centra en el efecto del incumplimiento tributario sobre la generación de ingresos para la administración tributaria.
"- Se sanciona según el estatuto tributario, ejemplo Art 658-2 del estatuto tributario".

También la doctrina ha dicho al respecto:

"¿Qué es la elusión fiscal?

***"La elusión fiscal** se fundamenta en el uso de prácticas dirigidas a reducir o evitar el pago de impuestos de forma ilícita. En otras palabras, la empresa o persona se vale de vacíos normativos o de interpretaciones alejadas del propósito de la ley para reducir sus obligaciones tributarias.*

"De ahí que, la elusión fiscal genere una violación indirecta de la ley al lograrse por medio de actuaciones formalmente legales. Por lo tanto, las principales formas de perseguir la elusión fiscal son la creación de leyes o modificación a las ya existentes y la emisión de reglamentos por parte de la autoridad fiscal, determinando situaciones específicas.

"Un ejemplo de elusión fiscal se evidencia en aquellos casos donde se incluyen gastos dudosamente deducibles. De tal

forma, para el cálculo de la utilidad neta, la empresa considera que ciertos egresos están relacionados con el negocio, sin embargo, esto no es muy claro. El objetivo es reducir el monto sobre el que se paga, por ejemplo, el Impuesto de Sociedades, valiéndose de imprecisiones en la ley.

"¿Qué es la evasión fiscal?

***"La evasión fiscal** se produce cuando no se hace el pago de los impuestos generados que corresponden a la empresa por medio del ocultamiento de información o ingresos. Por sí sola, **la evasión se entiende como el incumplimiento de la obligación tributaria** que se logra por medio de la omisión de ingresos o declaración de gastos falsos.*

*"Como consecuencia, **la evasión fiscal si es una violación directa de la ley fiscal,** siendo esta completamente ilegal. Por esta razón, la llamada **Ley de financiamiento** introdujo al **Código Penal** el delito de "defraudación o evasión tributaria" como una conducta punible que puede implicar hasta cinco años de prisión para quien incurra en ella.*

"Por ejemplo, una actuación que configura evasión fiscal sería la no declaración de las ventas realizadas por el establecimiento comercial, o bien reportar deducciones mayores a las reales acompañadas por un documento real, pero que en realidad nunca se realizó. Estas últimas son conocidas como las 'operaciones simuladas'.

"¿Cuáles son las diferencias entre la elusión fiscal y la evasión fiscal?

"Si bien es cierto que la elusión y evasión fiscal son conceptos jurídicos que se pueden confundir como sinónimos y entenderse en conductas exactamente iguales, la realidad es que tienen una naturaleza legal distinta.

Por ello, las principales diferencias entre elusión y evasión son:

***"1. La evasión es un delito penal.** La evasión fiscal está consagrada dentro del Código Penal colombiano, por ende, es una conducta delictiva cuya consecuencia puede incurrir en la pena privativa de la libertad.*

***"2. En la elusión fiscal no se ha configurado la obligación tributaria.** Esto quiere decir, que por medio de la evasión hay una obligación fiscal ya existente que no se cumple al esconder*

información. Sin embargo, en la elusión no se ha generado dicha obligación, ya que el ejercicio de interpretación de la ley se realiza precisamente para evitarla.

"3. La elusión fiscal puede generar sanciones económicas. *Si bien es cierto que la elusión fiscal no es un tipo penal consagrado en el Código Penal, esto no implica la ausencia de medidas para sancionarlas. Por ende, la forma en que el gobierno combate la elusión es por medio de la interpretación administrativa con la emisión de reglamentos y creación o modificación de leyes. Con estas medidas, se logra la distinción de situaciones específicas que configuran elusión para reducir las oportunidades de configuración"*[113]*.*

11.3.- LA CASETA DE CONTROL DE PEAJE Y LA BUENA FE

De conformidad con los antecedentes y análisis expuestos, se advierte que, desde el inicio, en el Contrato Estatal que aquí se examina, las Partes acordaron la instalación de un nuevo peaje y de una caseta de control[114] –el peaje de Cocora y su caseta de control– (Apéndice Técnico 1: 4.2. (a) (i),) con la finalidad de evitar la elusión en el pago del Peaje, bajo el entendido que se presentaba cuando se hacía *uso de vías alternas por parte de los usuarios no contempladas en los estudios de tráfico del proyecto* que deriva en el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto, generando un efecto negativo dada la consecuencia en la reducción en los ingresos del mismo, según lo que se entiende como elusión pactada así en el Contrato.

En los Otrosíes No. 1 (Cláusula Tercera) y No. 3 (también Cláusula Tercera), las Partes reiteraron su voluntad contractual de construir y operar tanto el peaje nuevo como su caseta de control, como elementos esenciales para garantizar el recaudo y la ulterior distribución de ingresos por peaje y con ello la garantía y efectividad tanto del Modelo Financiero como de la Estructura Tarifaria del Proyecto debidamente aprobados y consecuencialmente acordados, en tanto que la financiación del proyecto se obtiene a partir de la estructura de ingresos que en esta modalidad de contrato tiene su origen sustancial en el cobro de los peajes por el uso de la infraestructura diseñada, construida, ampliada y debidamente puesta en operación al servicio de los usuarios. Al mismo tiempo determinaron la fecha en que comenzaría su operación y recaudo, con las diferencias propias entre lo inicialmente previsto y lo pactado luego de su modificación por el cambio en el

[113] Blog del Despacho de Abogados **ALVIAR GONZÁLEZ TOLOSA ABOGADOS;** se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.agtabogados.com/blog/elusion-y-evasion-que-son-y-como-evitarlas/#:~:text=Esto%20quiere%20decir%2C%20que%20por,se%20realiza%20precisamente%20para%20evitarla

[114] Las declaraciones de algunos testigos también corroboran la necesidad de esta caseta de control para evitar la elusión del peaje, como Camilo Andrés Jaramillo Berrocal, María Carolina Contreras Encinales, Luis Eduardo Gutiérrez, Wilson Yovani Garzón Cifuentes y Alirio Alexander Félix Rodríguez.

cronograma de las fechas de operación de los demás peajes que fueron recibidos con tres años de anticipación[115].

Aunque el Concesionario construyó la caseta del nuevo "Peaje Cocora", no fue posible que construyera, así fuera por su cuenta y riego, la caseta de control del mismo para evitar la evasión o la elusión del peaje[116] que ya se venía presentando –pese a sus solicitudes[117]–, sea porque la **ANI** inicialmente no compartió la posibilidad de hacerlo en atención a que, a su juicio, no se cumplían las exigencias por ella impuestas o, porque cumpliéndolas el Concesionario, a pesar de la inversión en las obras acordadas en el Contrato y su construcción puestas al servicio de la comunidad, por la confluencia de un conjunto de circunstancias o factores provenientes de la comunidad[118], de la **ANI**[119], de la ANLA o del Ministerio

---

115 Con el Otrosí 4 se modificó el Apéndice Técnico 1 y con el Otrosí No. 5 se modificó en parte el Otrosí No. 1.

116 Con la comunicación APP-GICA-BG-2022-422 del 4 de abril de 2022, al evidenciarse la elusión, el Concesionario propone el procedimiento a seguir en virtud del Contrato: *"Por virtud de la presentación del fenómeno de la elusión en el pago de las tarifas de peaje en la Estación de Cocora por parte de los usuarios del Sistema Vial GICA que, para trasladarse de Ibagué a Cajamarca y sitios intermedios, utilizan el antiguo Tramo Nacional existente entre Ibagué y Cajamarca - Ruta 4003; de la manera más atenta solicitamos se ordene a la Interventoría y al Supervisor del Contrato No. 002 de 2015 que, conjuntamente con APP GICA, procedan a establecer la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido por haberse aplicado la estructura tarifaria prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje y se deje constancia de ello en un Acta de Cálculo de la Compensación por riesgo*", la cual se reitera con la comunicación APP-GICA-BG-2022-1353 del 6 de septiembre de 2022.

117 Con la comunicación APP-GICA-BG-2022-700 se señaló que "[…] *de conformidad con lo estipulado en el Contrato No. 002 de 2015 y sus Otrosíes, que contemplan la instalación de una Caseta de Control para el Peaje Cocora, una vez sean puestas a disposición las intervenciones de los Subsectores 2 y 3 de la Calzada Derecha; dado que las aludidas segundas calzadas serán puestas a disposición el próximo 4 de julio**, iniciaremos de manera inmediata la construcción de esta Caseta de Control, a efectos de evitar la elusión en el pago del Peaje Cocora** por los usuarios que hacen uso de la segunda calzada correspondiente a la Unidad Funcional 1 (Sentido Ibagué – Cajamarca) y de las segundas calzadas de los Subsectores 2 y 3 de la Calzada Derecha sentido Cajamarca – Ibagué; para que una vez culminado el procedimiento de verificación de las intervenciones por parte de la Interventoría, se proceda con el cobro y recaudo de las tarifas de peaje señaladas por la Resolución No. 0000175 de 2015 del Ministerio de Transporte*" (negrillas fuera de texto)

118 Con la comunicación ANI del 2 junio de 2022 No. 20223050159761 se le previene y solicita al Concesionario *"[…] teniendo en cuenta la situación de inconformidad generada en la comunidad por el inicio de las obras de la caseta de control por parte del Concesionario APP GICA el día 2 de junio de 2022, consistentes en Localización, Replanteo, Instalación de Plan de Manejo de Tráfico – PMT y Campamento y demás relacionadas, lo cual no implica que se procederá de manera inmediata con el cobro de las tarifas de peaje, ni mucho que con ello se interfiera con la realización de los escenarios de participación social previstos para definición de las tarifas diferenciales. Al respecto, solicitamos de manera respetuosa agendar para el próximo martes 7 de junio de 2022 el inicio de las mesas de trabajo presenciales con participación de representantes del Comité Prodefensa al no pago de peaje Coello – Cocora, representantes de la ANI, Concesionario APP GICA e Interventoría Consultécnicos S.A.S. con el fin de discutir temas relacionados con las solicitudes realizadas a esta Agencia con ocasión de la entrada en operación de la Estación de Control de la Estación de Peaje Coello – Cocora".*- Mesas de trabajo con la comunidad y la Alcaldía de Cajamarca que se reitera con la comunicación ANI 20223050190001 del 29 de junio de 2022, sobre "Mesa de trabajo Caseta de control peaje Cocora" antes de continuar con la instalación de la caseta de control de peaje.

119 "El Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura **Manuel Felipe Gutiérrez** aclaró cómo será el cobro del peaje en el nuevo trayecto entre el sector de Boquerón y el corregimiento de Coello donde se desarrolló la primera fase del proyecto de segunda calzada entre Ibagué y la población de Cajamarca, la cual es ejecutada por una **Alianza Público Privada.** // Gutiérrez explicó que sólo los usuarios que deseen utilizar el nuevo tramo que incluye un imponente puente que tiene alrededor de 120 metros de altura serán quienes paguen el valor del peaje. En cambio, **los conductores que deseen evitar el pago del mismo** podrán continuar transitando por la carretera tradicional que tiene 2 kilómetros de recorrido adicional." Cfr. Cuaderno Principal No. 2 - Folio 1 - 462 > Página 65 y

de Transporte. El hecho es que por su ausencia, por tales factores no imputables al Concesionario, este quedó en la imposibilidad de recaudar una parte importante de los ingresos que le permitan garantizar y mantener la ecuación financiera del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 002 de 2015 y sus modificaciones, en tanto que para trasladarse de Ibagué a Cajamarca y sitios intermedios, los usuarios del sistema vial siguen utilizando el antiguo tramo nacional existente entre Ibagué y Cajamarca, Ruta 4003. Aquí surge entonces la pregunta de si con tales hechos se ha materializado o no el riesgo a cargo de la ANI en los términos pactados en el Contrato, que haga posible y necesario activar y aplicar el esquema de compensaciones por la reducción de los ingresos de la Concesión, puesto que tales circunstancias fácticas o hechos efectivamente sí comportan una elusión al peaje de Cócora.

Se puede aceptar que la ANI solo asumió ese riesgo bajo ese solo alcance y así lo aceptó el Concesionario, pero también es posible admitir que éste siempre tuvo en cuenta que el Contrato de Concesión se ejecutaría en las condiciones pactadas, incluyendo las modificaciones que le fueron introducidas de común acuerdo. Ello significa que el Concesionario partió, como naturalmente debía hacerlo, de la buena fe contractual de su cocontratante quién asumió la obligación de cambiar la dirección o sentido de la vía antigua una vez recibiera la obra contratada que comprendía la vía existente (Ruta 4003) y de la confianza legítima que como autoridad la ANI y demás autoridades concernientes, le generaron para que

---

siguiente > Literal 67 / Enlace: https://www.radionacional.co/noticias-colombia/arranca-cobro-de-peaje-en-el-sector-de-coello-cocora-en-ibague / https://caracol.com.co/emisora/2021/10/13/ibague/1634146879_633796.html

*"Es un tramo unidireccional en el sentido Ibagué –Cajamarca a través de un viaducto único en el país, construido bajo la modalidad de voladizo sucesivo y una estructura curva de unos 800 metros. Ahora bien, **quienes quieran tomar esta vía nueva deberán pagar el peaje**, pero quienes quieran tomar la ruta antigua que es bidireccional lo podrán hacer sin ningún tipo de inconveniente", recalcó el funcionario. En línea: https://caracol.com.co/emisora/2021/10/13/ibague/1634146879_633796.html*

"El presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Manuel Felipe Gutiérrez, indicó que la decisión del gobierno nacional fue dejar en doble sentido la vía antigua y que los vehículos que decidan trasladarse por el nuevo corredor deberán asumir el costo del peaje

"Quienes no quieran conducir por la nueva vía pueden continuar por la antigua y no tendrán que cancelar el peaje, igualmente, la vamos a seguir operando y manteniendo. Por supuesto la doble calzada inaugurada este año tiene mejores condiciones técnicas y de trazado. Por lo tanto, los tiempos de desplazamiento son más cortos", contó Gutiérrez.

Tras la apertura del peaje, los habitantes de la 'Despensa Agrícola de Colombia' solicitaron una tarifa diferencial para los conductores de la región teniendo en cuenta que el desplazamiento de campesinos y agricultores hacia Ibagué es constante.

"Necesitamos que el gobierno nacional entienda que no es justo que tengamos que pagar dos o tres peajes diarios para llevar los productos agrícolas hasta las plazas de mercado de Ibagué. No estamos pidiendo gratuidad, pero sí un descuento", expresó Fernando Hernández, líder de Cajamarca

Algunos concejales, líderes sociales, grupos ambientalistas, conductores y agricultores crearon un comité 'No al pago del peaje', con el fin de exigirle al gobierno nacional que los conductores de esa población del occidente tolimense sean exonerados de pagar el costo del peaje.

Entretanto, el presidente de la ANI, reiteró que seguirán escuchando las peticiones sobre el impacto que genera la apertura del peaje, al tiempo que pidió comprensión y recordó que los conductores ahorraran tiempo y combustible.

José Edison Pava, presidente de la Asociación Andina de Carga Liviana en el Tolima, expresó que el costo del servicio del peaje no fue socializado con el sector transportador por lo que anunció posibles protestas del gremio que representa. En línea: https://www.radionacional.co/noticias-colombia/arranca-cobro-de-peaje-en-el-sector-de-coello-cocora-en-ibague. Referido por el Apoderado de la Convocante en la demanda arbitral

entonces, recibida para mantener y operar la Ruta 4003 de la tantas veces citada obra, ahora a su cargo, se dejaría la dirección de la vía antigua en un solo sentido Cajamarca-Ibagué y el usuario sólo pudiera utilizar la nueva vía concesionada y pagara el peaje proyectado, pero ello no ocurrió porque finalmente no se dejó la vía en el sentido que se había previsto.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre este cardinal asunto ha señalado:

> *"… principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas –sin distingo alguno– en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación. Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico –constitucional y legal– y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo 'fe', puesto que 'fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará'.*[120]

Así mismo, esa alta Corporación judicial señaló que la buena fe:

> *"(…) es un principio general del derecho, presente en todas las instituciones, figuras y reglas del ordenamiento jurídico*"[121].

Y que dicha buena fe

> *"(…) implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles. El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus*

[120] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de agosto de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.
[121] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de febrero de 2012. M.P. William Namén Vargas.

> *compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohijar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios: '[n]emo auditur propriam turpitudinem allegans'."*[122]

En este sentido, como se ha puesto de manifiesto en varios pronunciamientos arbitrales:

> *"A tono con lo manifestado, es necesario hacer consciencia del acendrado valor que hoy tiene la buena fe, en general, y en el Derecho de contratos en particular, en el que campean con especial vigor la temática de los deberes especiales de conducta emergentes de ella, la protección o salvaguarda de la confianza legítima suscitada en una de las partes contractuales por la otra y el referente a la interpretación del contrato, temas que, por su conexión, están indisolublemente imbricados.*
>
> *"Efectivamente, cuando en los tiempos que corren se alude a la buena fe, resulta forzoso aproximarse al contrato de una manera diversa a la del pasado, precisamente por la nueva realidad experimentada en la llamada posmodernidad, la que ha sido el detonante de una nueva cosmovisión negocial, más incluyente, más solidarista, más cooperativa, y, por ende, acentuadamente humanista y, por esa vía, más personalista –que no individualista, que es otra cosa–. En una palabra, al estructurarse un 'nuevo orden contractual' –o paradigma contractual según ya se expresó– , a la denominada 'justicia contractual' se le reserva en la actualidad un escaño preferencial, muy a tono con las coordenadas de la Constitución Política, en particular con conceptos tales como el de 'orden justo', dignidad humana, 'Estado social de derecho', proscripción del 'abuso de los derechos propios y ajenos', etc., se reitera.*
>
> *"En tal orden de ideas, hoy es lugar común aludir no sólo a las obligaciones (obligaciones céntricas o primarias) y a derechos de crédito propiamente dichos, sino también a una serie de deberes jurídicos que, con el apellido de 'deberes de conducta', deberes secundarios, periféricos o auxiliares', o mejor deberes especiales, emanan de la buena fe, dispensario de los mismos, los que están*

[122] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de agosto de 2007, Sala de Casación Civil, refrendada el 21 de febrero de 2012.

llamados a cumplir un relevante papel en la celebración y en la ejecución del contrato, pues como lo precisa el artículo 1603 del Código Civil, 'Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación', precepto que corre parejo con el art. 871 del Código de Comercio, según el cual: 'Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural'.

"Sobre el particular, reseña el profesor Arturo Solarte Rodríguez que, 'Sabemos que los deberes de prestación, u obligaciones directamente derivadas del contrato, son todas aquellas relaciones jurídicas que están estrechamente relacionadas con la satisfacción de los intereses jurídicos que de manera principal se tienen en cuenta cuando se celebra un determinado contrato… A ellas podría denominárseles 'relaciones obligacionales en sentido estricto'… No obstante lo anterior, en el derecho contemporáneo existe la tendencia a examinar la relación existente entre las partes no de una manera aislada –o en sentido estricto-, sino que la considera como un conjunto -en sentido amplio-, esto es como el resultado de una multiplicidad de pretensiones, obligaciones, o, dicho de otro modo, de 'relaciones obligacionales en sentido estricto' y, en general, de relaciones activas y pasivas de diversa entidad y contenido…'.

"Dentro de este contexto, el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que se denominan 'deberes secundarios de conducta', 'deberes colaterales', o 'deberes complementarios' o 'deberes contiguos'…, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del Principio de la Buena Fe"[123]*.*

En el presente caso, la buena fe, que se presume, no ha sido desvirtuada por ninguno de los sujetos contractuales y procesales y, además, conforme a lo pactado con una autoridad pública, el acuerdo de voluntades le imprimió al Concesionario la confianza legítima que se deriva de la actuación y decisión de la administración aún en sede contractual, como prolongación o extensión del principio de la buena fe contractual, que garantizarían que ella honraría su compromiso una vez el

[123] Arturo Solarte Rodríguez. *"La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta",* en Contratos. Teoría general, principios y tendencias, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p.p. 114 *y s.s.". (Laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento que dirimió las controversias suscitadas entre Grantierra Energy Colombia LTD y Petrolífera Petroleum (Colombia) Limited, y Agencia Nacional de Hidrocarburos, el 8 de junio de 2016. Árbitros: Hernando Parra Nieto, Florencia Lozano Revéiz y Carlos Ignacio Jaramillo J.*

Concesionario cumpliera, como lo hizo, el suyo, en los términos acordados en el Contrato y sus modificaciones acordadas.

La Corte Constitucional de manera reiterada ha señalado que el principio de confianza legítima tiene fundamento en el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución[124]. A partir de la citada norma constitucional, esa Corporación ha expresado que la confianza legítima

> *"(…) consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho"*[125]*.*

Más adelante, la misma Corte Constitucional añadió los elementos que se deben presentar para que pueda configurarse la confianza legítima:

> *"El principio de confianza legítima, particularmente, se basa en tres presupuestos: (i) la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; (ii) una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. De esta forma, el principio de buena fe, en su dimensión de confianza legítima, compele a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico"*[126]*.*
>
> *"De acuerdo con lo anterior, la administración no puede en forma sorpresiva modificar las condiciones en que se encuentra el administrado, el cual está convencido de que su actuar se ajusta a derecho. Así, según la Corte, este principio pretende proteger a los ciudadanos de los cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades.*[127]

[124] Artículo 83: *"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas".*
[125]Corte Constitucional, Sentencia T-527 de 2011.
[126] "Corte Constitucional, Sentencia T-660 de 2000".
[127] En la Sentencia T-566 de 2009, la Corte expresó: *"(…) la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior. Sin embargo, de ello no se puede concluir la intangibilidad e inmutabilidad de las relaciones jurídicas que originan expectativas para los administrados. Por el contrario, la interpretación del principio estudiado, debe efectuarse teniendo en cuenta que no se aplica a derechos adquiridos, sino respecto de situaciones jurídicas modificables, sin perder de vista que su alteración no puede suceder de forma abrupta e intempestiva, exigiéndose por tanto, de la*

> *"En tal sentido, el principio de confianza* legítima previene a los operadores jurídicos de 'contravenir sus actua*ciones precedentes y de defraudar las expectativas que se generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico.'*[128]*"*[129]

Más recientemente, en la Sentencia T-508 de 2016, esa Corporación reiteró que

> *"La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que 'a partir del principio de la buena fe contemplado en el artículo 83 de la Constitución Política, ha desarrollado la teoría de la confianza legítima, para resolver los casos que generan un impacto general en los ciudadanos. El principio de la buena fe tiene por objetivo erradicar las actuaciones arbitrarias de parte de las autoridades públicas y de los particulares, ya que el fin perseguido es que los hechos de éstos se aparten de subjetividades e impulsos que generen arbitrariedad, y en consecuencia, se ciñan a niveles aceptables de certeza y previsibilidad.'*
>
> *"En ese sentido, el principio de buena fe puede entenderse como un mandato de 'honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (…) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (…) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo.'*[130]
>
> *"Frente a la confianza legítima establece que le está limitado a la administración modificar las 'situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que –se presume– informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho.'*[131]

---

administración, la adopción de medidas para que el cambio ocurra de la manera menos traumática para el afectado (…)".
[128] "Sentencia T-248 de 2008."
[129] Corte Constitucional, Sentencia T-717 de 2012.
[130] "Sentencia T-180 A de 2010."
[131] "Ibíd."

> *"La Corporación ha indicado que 'el principio de la confianza legítima constituye una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares y permite conciliar, en ocasiones, el interés general y los derechos de las personas. Esa confianza legítima se fundamenta en los principios de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, en la seguridad jurídica estipulada en los artículos 1º y 4 del Ordenamiento Superior y en el respeto al acto propio y adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado.'*[132]
>
> *"Por tanto, le queda vedada a la Administración cambiar 'situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho´".*[133]

En consecuencia, de no haber sido porque la **ANI**, entidad concedente, no ha ejecutado hasta ahora lo que se comprometió, esto es, *dejar en un solo sentido la dirección de la vía antigua, en otras palabras dejarla unidireccional Cajamarca-Ibagué* y, por el contrario, al manifestarlo públicamente[134] y mantenerse en que aquélla seguirá en doble sentido o bidireccional, sin caseta de control de peaje Cocora, sumado a la puesta en funcionamiento de la nueva vía construida por el Concesionario, ello ha dado lugar a que se produzca la ***elusión del peaje de Cocora*****,** sin ánimo de mejorar y, por lo contrario, desincentivando así su uso, lo que conlleva a una grave afectación en la estructura tarifaria, la imposibilidad de recaudar todo el peaje que constituye el ingreso esencial del proyecto y por lo tanto la afectación de la ecuación económica del Contrato, tal como pasa a destacarse.

12.- LA AFECTACIÓN DE LA ESTRUCTURA TARIFARIA POR NO HABER INSTALADO LA CASETA DE CONTROL DE PEAJE DE COCORA LO QUE PERMITE Y CONFIGURA UNA ELUSIÓN DEL PEAJE

Según ya se ha indicado reiteradamente, la Parte Convocante mediante la pretensión declarativa DÉCIMA CUARTA de su demanda arbitral subsanada persigue que este Tribunal *"[…] declare que la actuación administrativa a que dice*

---

[132] "Sentencia T- 850 de 2010."
[133] "Sentencia T-180 A de 2010."
[134] Cuaderno Principal No. 2 - Folio 1 - 462 > Página 65 y siguiente > Literal 67 / Enlace: https://www.radionacional.co/noticias-colombia/arranca-cobro-de-peaje-en-el-sector-de-coello-cocora-en-ibague / https://caracol.com.co/emisora/2021/10/13/ibague/1634146879_633796.html

relación la pretensión DÉCIMA PRIMERA[135] *encarna una afectación de la Estructura Tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje 0000175 de 2015, tantas veces mencionada y de consiguiente del Modelo Financiero concertado".*

En primer orden se impone la necesidad de establecer qué compone la estructura tarifaria, para que así determinada, se pueda identificar qué circunstancias fácticas la pueden afectar, para lo cual es necesario revisar el Contrato en su Partes General y Especial, los documentos contractuales tales como apéndices, modelo financiero (modelo al que debe hacerse la valoración que determine si se puede considerar como documento contractual) y los otrosíes, al tiempo que se debe analizar si ello se sujeta, o no, a lo previsto en la ley, las regulaciones administrativas y/o la jurisprudencia.

Sobre el particular, el artículo 5[136] de la Ley 1508 expedida en 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, contempla que:

> *"El **derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto**, a recibir desembolsos de recursos públicos **o a cualquier otra retribución,** en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento".* (Negrillas fuera de texto)

A su vez, en la Resolución 00175 del 6 de febrero 2015 del Ministerio de Transporte y por el cual se emite **concepto vinculante y previo al establecimiento de una estación de peaje denominada "Peaje Cocora" y por el cual se establece la tarifa a cobrar en dicha estación,** al tiempo que se adoptaron otras disposiciones en relación con las estaciones de peaje existentes en el trayecto Girardot – Ibagué, pertenecientes al proyecto vial Girardot – Ibagué – Cajamarca denominadas "Gualanday" y "Chicoral", la cual, previo a una serie consideraciones relacionadas con las competencias del Ministerio del Transporte, la ANI y la propuesta de la Sociedad futura GICA, resolvió:

> ***"ARTÍCULO PRIMERO:** Emitir concepto vinculante previo favorable, para el establecimiento de (1) una estación de peaje, en el proyecto vial Segunda Calzada de la Vía Ibagué-Cajamarca, en sentido bidireccional que se denominará Peaje Cocora, el cual se ubicará en el sector denominado Valle del Cocora; así: vía Ibagué Cajamarca existente (Ruta 4003) entre el PR69+000 al PR70+000 y segunda calzada Ibagué-Cajamarca entre el K13+000 al K14+000".*

---

[135] *"[…] declare que como consecuencia de la no instalación de la Caseta de Control a que se refiere la pretensión SÉPTIMA, se ha generado una elusión en el pago de las tarifas correspondientes en la Estación de Peaje Cocora que en el caso de que ésta existiera y operara sería evitada".*
[136] *Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015*

En el artículo segundo de la citada Resolución se estableció el cobro de las tarifas de peaje para la estación del Peaje Cocora, en forma bidireccional, sentido Ibagué-Cajamarca ubicada entre el K13+000 al K14+000 de la nueva segunda calzada entre Ibagué-Cajamarca, **solo cuando se terminen las obras de la Unidad Funcional 1** correspondientes a Combeima-Valle del Cocora y de acuerdo con la categoría de vehículos que describe a continuación.

El Parágrafo segundo de la Resolución en cita señala que:

> *"El derecho a percibir la retribución por recaudo de peajes, procederá una vez se cumplan los presupuestos establecidos en el Contrato de Concesión que se suscribirá como consecuencia del trámite que surtió la iniciativa privada presentada por el originador Promesa de Sociedad Futura APP GICA S.A. de conformidad con la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios".*

En la Parte General del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 del 12 de febrero de 2015, Capítulo III, que refiere a los aspectos económicos del Contrato, en su numeral 3.1 dispuso (literal a) que para que el Concesionario obtuviera ***el derecho a la retribución*** debía terminar la Unidad Funcional, para lo cual se tenía que suscribir la respectiva Acta. Ahora bien, si la terminación era parcial, contempló la posibilidad de una causación y pago de una compensación especial.

En su letra (b) estableció que dentro de las ***fuentes de donde la Concesionaria obtendría el pago de la Retribución*** o de la compensación especial, cuando fuera aplicable, está el ***"(i) Recaudo de Peajes".***

Luego en su letra (d) sobre la retribución del Concesionario –y de la Compensación Especial, cuando sea aplicable– señaló que será calculada entre el Interventor y el Concesionario, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente al mes respecto del cual se calcula la retribución, para lo cual, entre el Interventor y el Concesionario, deberán consignar las bases de cálculo en las denominadas **Actas de Cálculo de la Retribución.**

> ***"(h) La Retribución total del Concesionario será la suma de la Retribución correspondiente a cada una de las Unidades Funcionales que componen el Proyecto.*** (Negrillas fuera de texto)
>
> *"(i) El Concesionario declara que conoce y acepta que la Retribución dependerá del Índice de Cumplimiento, el cual se deriva de la ponderación de los Indicadores".*

En el numeral 3.4 que contiene lo relacionado con peajes, derecho de recaudo e ingresos por explotación comercial, se estipuló lo siguiente:

"(a) Se cederá al Concesionario ***la operación de las Estaciones de Peaje (el 'Derecho de Recaudo')*** *en la misma fecha de entrega de la infraestructura, salvo por las excepciones establecidas en la Parte Especial. (Negrillas fuera de texto).*

"(b) El Concesionario tendrá la obligación de llevar a cabo el Recaudo de Peaje de la totalidad de las Estaciones de Peaje del Proyecto cuando le sean entregadas por la ANI (…)".

[...]

"(g) En el caso en que por cualquier razón no imputable al Concesionario:

(i) ***No sea posible la instalación de cualquiera de las Estaciones de Peaje nuevas****; o (negrillas fuera de texto)*

(ii) Se imponga la instalación de las Estaciones de Peaje en ubicaciones distintas a las mencionadas en el Apéndice Técnico 1, se aplicarán las reglas de que trata la siguiente Sección 3.4(h)"[137]*.*

[137] *"(h) Las reglas a la que se refiere la Sección anterior serán:*
"(i) No se generará compensación alguna o Compensación por Riesgo a cargo de la ANI —sin perjuicio del eventual reconocimiento del VPIP dentro del Plazo Inicial del Contrato, si es del caso— por cualquiera de las circunstancias descritas en la Sección 3.4(g) durante los primeros noventa (90) Días siguientes:
"1. Para el evento al que se refiere la Sección 3.4(g)(i): El Día de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional —o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, según corresponda— dentro de la cual el Apéndice Técnico 1 contempla la instalación de la Estación de Peaje no instalada; o nueva ubicación.
"2. Para el evento al que se refiere la Sección 3.4(g)(ii): El Día de la instalación o reinstalación de la Estación de Peaje en la nueva ubicación.
"(ii) El cálculo del término aquí previsto será contabilizado de forma independiente para cada Estación de Peaje afectada.
"(iii) Si la situación descrita en la Sección 3.4(g) se mantiene por un término superior a noventa (90) Días, se causará a favor del Concesionario el derecho a la Compensación por Riesgo por el acaecimiento del riesgo de menor Recaudo de Peaje en los términos descritos en las Secciones 3.4(h) y 3.2 de esta Parte General.
"(iv) El Valor del Riesgo Materializado será calculado mensualmente por la Interventoría a partir del Día (91) siguiente a la fecha en que el Apéndice Técnico 1 contemplaba la instalación de la Estación de Peaje tomando como base de cálculo el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1 —determinado de acuerdo con lo establecido en la Sección 3.4(h) v- y:
"(1) Para los casos descritos en la Sección 3.4(g)(i): El Día de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional —o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, según corresponda— dentro de la cual el Apéndice Técnico 1 contempla la instalación de la Estación de Peaje no instalada; o
"(2) Para los casos descritos en la Sección 3.4(g)(ii): El Recaudo de Peaje de la Estación de Peaje afectada en dicha Sección.
"(v) Para determinar el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1, con anterioridad al cumplimiento del término indicado en la Sección 3.4(h)(iii), el Concesionario deberá instalar en la ubicación original de la Estación de Peaje afectada, a su entero costo y riesgo, un equipo de conteo de tráfico con las características descritas en el Apéndice Técnico 2. El Interventor verificará y certificará que el equipo de conteo de tráfico es adecuado para los fines previstos y que los conteos hechos corresponden a la realidad del tráfico de vehículos.

En su letra (i) dispone lo siguiente:

> *"(i) Si el Ministerio de Transporte o la entidad que resulte competente para fijar las tarifas de Peaje decide i) modificar dichas tarifas, ii) crear exenciones o tarifas especiales para ciertos usuarios,* ***o iii) de cualquier otra forma afectar la estructura tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje****, se aplicarán las siguientes reglas".* (Negrillas fuera de texto).
>
> (i) *Para cada trimestre de ejecución del Contrato se deberá calcular, entre el Interventor, el Supervisor y el Concesionario, la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse aplicado la estructura tarifaria (debidamente indexada) prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje correspondiente a las modificaciones adoptadas por el Ministerio de Transporte, de lo cual se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo suscrita dentro*

"(vi) Del cálculo realizado de acuerdo con la Sección 3.4(h)(iv) se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo o en su modificación correspondiente, suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes al vencimiento mensual de que trata la Sección 3.4(h)(iv) de este Contrato o una vez finalicen los eventos descritos Sección 3.4(g), lo que primero ocurra.
"(vii) En caso de existir diferencias entre las Partes, éstas acudirán al Amigable Componedor para que resuelva la controversia.
"(viii) Una vez establecida la diferencia a la que hace referencia la Sección 3.4(h)(iv) se procederá a verificar la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos, así:

"(1) Suficiencia de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;
"(2) De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;
"(3) De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;
"(4) De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;
"(5) De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f)de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral.

"(ix) Calculado el Valor del Riesgo Materializado y determinada la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos de que trata la Sección 3.4(h)(viii) anterior, deberá suscribirse el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo en los términos establecidos en la Sección 3.2. de esta Parte General, y será por cuenta y riesgo del Concesionario la obtención o no de dicho Valor del Riesgo Materializado en las condiciones pactadas en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo.
"(x) Estos recursos así compensados por la ANI, se tendrán en cuenta como parte del Recaudo de Peaje, para todos los efectos previstos en este Contrato, entre ellos —pero sin limitarse— para el cálculo del VPIP."

de los cinco (5) Días siguientes a la terminación de dicho trimestre. En caso de existir diferencias entre las Partes, éstas acudirán al Amigable Componedor para que resuelva la controversia.

(ii) *El valor resultante derivado del menor Recaudo de Peaje deberá ser compensado, así:*

"(1) Al traslado a la Cuenta Proyecto de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;

"(2) De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;

"(3) De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;

"(4) De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;

"(5) ***De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General,*** *sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral".* (Negrillas fuera de texto).

De otra parte, el mismo Contrato al asignar los riesgos, en el numeral 13.3, respecto de los riesgos a cargo de la **ANI**, dispone lo siguiente:

> *"Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados a la ANI, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices y Anexos):*
>
> *"(e)* ***Los efectos desfavorables de*** *modificaciones a las tarifas previstas en la Resolución de Peaje, la implementación de tarifas diferenciales en las Estaciones de Peaje existentes y/o nuevas Estaciones de Peaje, en las vías que hacen parte del Proyecto o, en general,* ***cualquier cambio en la estructura tarifaria prevista en la Resolución de Peaje (sic)*** *Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General".* (Negrillas fuera de texto).

En el numeral 4.2 de la **Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el esquema APP No. 002 del 12 de febrero de 2015,** se prevé en la letra a), que:

> **"***Para efectos de lo dispuesto en la Sección 1.138 de la Parte General, y de acuerdo con lo establecido por la Resolución No. 0000175 del 6 de febrero de 2015,* ***la estructura tarifaria que regirá el Proyecto estará compuesta por las siguientes tarifas:*** *(Negrillas fuera de texto).*
>
> *'i. Una vez se terminen las obras de la Unidad Funcional 1 o cuando se cumplan los supuestos del numeral 3.7 de esta Parte Especial,* ***se instalará el peaje de Cocora y una caseta de control.*** *Las tarifas iniciales de estos peajes, expresadas en pesos de Mes de Referencia, serán las siguientes […]". (Negrillas fuera de texto).*

A continuación, señala por categorías y descripción correspondiente a aquéllas, los valores o las tarifas que los usuarios deben sufragar para la nueva estación de peaje Cocora y agrega que:

> *'ii. Una vez se suscriba el Acta de Terminación de las Unidades Funcionales 1 y 2 y se reciba la infraestructura correspondiente a la UF3 en los términos dispuestos en la Sección 3.9(c) de esta Parte Especial, lo cual se estima* ***ocurra el 1° de febrero del año 2025, se cobrarán las siguientes tarifas (en pesos del Mes de Referencia)*** *por categorías inmediatamente al mes siguiente […]* Estas tarifas incluyen el monto correspondiente al Fondo de Seguridad Vial*" (Negrillas fuera de texto".*

Y de nuevo, dispone por categorías las tarifas que los usuarios de los peajes de Gualanday, Chicoral y del nuevo Peaje de Cocora, deberían pagar por el uso de la vía a partir del 1º de febrero de 2025, fecha en la cual se recibiría por parte de la

ANI y esta de la Concesión 007 de 2007 los peajes de la Unidad Funcional 3 existentes Gualanday y Chicoral. Nótese el incremento[138] previsto desde ya para la nueva estación de Peaje Cocora, así como una serie de fórmulas para determinar entre otros, ajustes a la centena más cercana de las tarifas, así como para calcular la retribución.

En el numeral 14 del **Otrosí No. 1 del 16 de octubre de 2016 al Contrato de Concesión** en relación con la operación y mantenimiento anticipado del corredor existente Girardot-Ibagué-Cajamarca, se señaló que

> *"[…]* ***Con el fin de garantizar el recaudo y evitar la elusión de peaje en el tramo Coello Cocora – Boquerón de la vía existente****, la Concesionaria deberá instalar a su cuenta y riesgo una caseta de control adicional a la nueva Estación de Peaje Cocora, que iniciará su operación una vez se termine la UF2. Dicha caseta deberá ubicarse dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará y deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos"* (Negrillas fuera de texto).

En la **CLÁUSULA TERCERA** se determinó que, como se ha señalado varias veces, la instalación de la nueva caseta de peaje y pesaje "Cocora" en sentido Ibagué-Cajamarca iniciaría su operación una vez se suscribiera el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1 y que **la estación de peaje y pesaje en sentido Cajamarca-Ibagué sería instalada e iniciaría su operación una vez se terminara la UF2 y se suscribiera el Acta de Terminación de esta UF**.

Adicionalmente se pactó que *"el* ***Concesionario instalará a su cuenta y riesgo una caseta de control de peaje en la vía existe (sic) dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y que deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos".*** (negrillas y subrayado fuera de texto).

Con la **CLAUSULA SÉPTIMA** del Otrosí No. 1, se modificó la sección 3.7 de la Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015 para lo cual se acordó que:

---

[138] *A continuación el literal b dispone que "Considerando que la entrada en operación de la nueva caseta asociadas a las Unidad Funcional 1, puede no coincidir con el inicio del año calendario, para la primera actualización de las tarifas señaladas en el numeral anterior, se aplicará lo establecido en los literales c) y d) de este numeral* ***utilizando el IPC entre la fecha de referencia de las tarifas (2012) y el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia del cobro de dichas tarifas****. Para el caso de la segunda y posteriores actualizaciones, de estas tarifas, aplicará lo establecido en los literales c) y d) del presente numeral. '(c) El valor de las Tarifas se ajustará de acuerdo con el incremento del IPC y aplicando la siguiente fórmula de ajuste […]" Negrillas fuera de texto.*

> *"[…] El proyecto contará con tres (3) Estaciones de Peaje, dos (2) existentes y una (1) nueva, las cuales serán entregadas o instaladas según se describe a continuación […]"*
>
> *(…)*
>
> *"b. La nueva Estación de Peaje de Cocora será instalada por el Concesionario de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Apéndice Técnico 1.*
>
> *"El recaudo de la Estación de Peaje de Cocora, comenzará a efectuarse al día siguiente a la fecha de la firma del Acta de Terminación de la Unidad Funcional Uno".*

Del mismo modo, la **CLÁUSULA OCTAVA** del citado Otrosí No. 1 modificó los aspectos económicos previstos en la Sección 4.1 de la Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015 y dispuso que quedará así:

> *"Porcentaje de Participación de las Unidades Funcionales. Como se describe en el Apéndice Técnico 1, el Proyecto está dividido en Tres (3) Unidades Funcionales, a la cuales se les asigna el siguiente porcentaje de participación en el Proyecto (dependiendo de los ingresos que recaude la Concesionaria), para efectos del cálculo de la Retribución para cada Unidad Funcional. A partir de la terminación de la* ***Unidad Funcional 1*** *(****15 de abril de 2020****) hasta la entrega del sistema vial existente Girardot Ibagué Cajamarca cuya fecha está prevista para el* ***31 de diciembre de 2021, la retribución la Concesionaria estará conformada por los ingresos de la Estación de Peaje Cocora instalada en un solo sentido (Ibagué — Cajamarca****) y se distribuirá para cada las Unidades Funcionales así […].* (Negrillas fuera de texto).

Unidad Funcional	*Porcentaje de Participación 2020*	*Porcentaje de Participación 2021*
1	*100%*	*100%*
2	*0%*	*0%*
3	*0%*	*0%*

> ***"El 1° de enero del año 2022*** *es la fecha estimada en la que se entregará por parte de la ANI al Concesionario APP GICA los Peajes Existentes Gualanday y Chicoral.* ***La retribución para cada unidad funcional está conformada por los ingresos de la Estación de Peaje Cocora en un solo sentido y los ingresos de las Estaciones de Peajes Chicoral y Gualanday***

con las tarifas vigentes a la fecha, las cuales serán indexadas anualmente. (Negrillas fuera de texto).

Unidad Funcional	*Porcentaje de Participación 2022*	*Porcentaje de Participación 2023*	*Porcentaje de Participación 2024*
1	*76.01%*	*76.01%*	*76.01%*
2	*0%*	*0%*	*0%*
3	*23.99%*	*23.99%*	*23.99%*

Posteriormente, agrega que ***a partir del 15 de abril de 2024,*** fecha en la cual se había previsto la entrega de la Unidad Funcional 2, la retribución para cada unidad funcional estaría conformada por el incremento de tarifas de las Estaciones de Peajes Chicoral y Gualanday contemplado en la Resolución No. 0000175 de 6 de febrero de 2015 expedida por el Ministerio de Transporte y del cobro en doble sentido de la Estación de Peaje Cocora (Nueva) y allí se lee que los porcentajes de participación por cada unidad funcional sería del 41.5% para la 1; para la 2 sería 45.4% y para la 3 del 13.1%, las cuales sumadas completarían un 100% del total de los peajes de las 3 unidades funcionales del proyecto.

En el considerando No. 14 del **Otrosí No. 3 del 23 de agosto de 2019 al Contrato de Concesión** se lee que el Concesionario presentó a la **ANI:**

"(…) ajustes a la propuesta para llevar a cabo el adelantamiento de la inversión de la Calzada Derecha de los Subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 2 (…) ***fijando como*** *fecha máxima de inicio de construcción de las obras el 15 de abril de 2020 y* ***su finalización a más tardar el 31 de diciembre de 2021*** *(…)".* (Negrillas fuera de texto).

Y, además, propone:

"3. Recaudo de las Tarifas de la Estación Peaje Cócora (sic)-Sentido Cajamarca-Ibagué (Enero de 2022-Abril de 2024):

"Las tarifas de Peaje que se recauden entre el 1 de enero de 2022 y el 15 de abril de 2024 en la Estación de peaje Cócora (sic)-sentido Cajamarca-Ibagué serán depositadas en la Subcuenta de Excedentes ANI y tendrán como destino, en conjunto con sus rendimientos, el pago de las obras adicionales que se lleguen a contratar según las previsiones contenidas y pactadas en el Acta de Entendimiento de fecha 10 de octubre de 2016, vale decir, las correspondientes al Mejoramiento del denominado Tramo 5 del corredor vial existente Ibagué-Cajamarca".

(…)

"En el numeral 6º *Costo de la Operación del Peaje Cócora (sic) -Sentido Cajamarca-Ibagué (6% Ingresos Peaje+Iva*) de la propuesta, el Concesionario plantea que:

"Las actividades de recaudo, transporte y custodia de las tarifas de Peaje de la Estación Cócora (sic) (sentido Cajamarca-Ibagué) que adelante el Concesionario entre la fecha de instalación de esta Estación de Peaje, esto es, 1 de enero de 2022 y el 15 de abril de 2024 le serán reconocidas y pagadas por la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI en cuantía equivalente al 6% + IVA del valor total del recaudo de cada mes, conforme fue definido en la Etapa de Estructuración del Proyecto (…)".

En el considerando 24 se lee que el recaudo obtenido entre el 1º de enero de 2022 y el 12 de abril de 2024 en la Estación de Peaje Cocora en Sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, no hará parte del VPIP previsto en el Contrato ni de la Retribución del Concesionario, y que por ello serían destinadas a las Subcuentas ANI del proyecto.

Sin embargo, en el considerando 26 se señala que del recaudo de peaje de la Estación Cocora (sentido Cajamarca-Ibagué) durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2022 y el 14 de abril de 2024 se le reconocerá al Concesionario ***"Por concepto de administración"*** (*recaudo, trasiego y custodia*) del mismo en ese sentido, un equivalente al 6% más IVA de todo el recaudo mensual.

Por lo tanto (Considerando 27), lo obtenido por el recaudo por la nueva caseta de peaje Cocora y su caseta de control menos el 6% más IVA por las actividades de administración, pasarán a la Subcuenta Cajamarca-Ibagué peaje Cocora, que harán parte de la Subcuenta de Excedentes ANI y se sujetará a las reglas previstas en el Contrato.

En el Considerando 37, se hace referencia a dos comunicaciones (*ANI No. 2019-409-070688-2 del 11 de julio de 2019* que complementa la *No. 2019-409-065505-2 del 26 de junio de 2019*) de la Interventoría CONSULTÉCNICOS, en las cuales y frente al tema financiero, y en concreto sobre los Riesgos y sobre los Mecanismos de Compensación de éstos, señala que:

"La estructura del contrato de concesión de iniciativa privada sin desembolso de recursos de carácter público conlleva la asunción exclusiva del Concesionario de la financiación del proyecto. La financiación del proyecto se obtiene a partir de una estructura de ingresos que tiene su origen principal y sustancial en el cobro de peajes por el uso de la infraestructura. El valor de las inversiones a acometer, su operación y mantenimiento en un tiempo determinado son remuneradas a través de cobro de los peajes y su recaudo, distribuyendo los ingresos entre la Nación y el

Concesionario, según los términos que se pacten. De ahí que al momento de presentarse una situación que altere la estructura que origina los recursos, el contrato se encuentre en riesgo. Al ser el peaje de una tasa, es decir, una especie del género de los tributos, su imposición, regulación y usufructo le corresponde a la Nación, aunque su recaudo, pueda delegarse en un privado. De ahí que, si el Estado no puede garantizar bajo el imperio de la ley, el cobro del tributo por no ser reconocido por la comunidad, deba asumir este riesgo y las consecuencias asociadas al mismo. En este caso debe tenerse en cuenta que el Contrato contempla que la estructura de peajes remunera las inversiones para la totalidad de las unidades funcionales, no existe una distinción respecto a la remuneración de una obra, sector o unidad funcional. Por lo tanto, al no contar con la disponibilidad de los recursos, se afecta la ecuación económica del contrato. Es por esto, que la cláusula 3.2 del Contrato de Concesión, parte general, regula los mecanismos para compensar este tipo de riesgos. Ante el posible riesgo asociado a la instalación del Peaje mencionado, debe tenerse en cuenta que los mecanismos contenidos en los romanitos (ii) y (iv) no podrían ser objeto de aplicación y que dadas las condiciones actuales del proyecto y la afectación a la continuidad de las obras de la unidad funcional 2, el mecanismo del romanito (i) tampoco sería viable dado que los Excedentes de presentarse no serían suficientes para compensar el ingreso dejado de percibir por la no instalación del peaje en cuestión. Dejando como posible alternativa la aplicación del romanito (iii) Modificación del Alcance del Proyecto para compensar el riesgo, lo cual afectaría precisamente a los usuarios y a la comunidad y por ende a sus actividades económicas, si el proyecto no se completa su funcionalidad sería reducida contrario a los fines que busca este tipo de políticas públicas".

Por ello, en el Otrosí No. 3, las Partes pactaron lo siguiente:

***"*CLÁUSULA PRIMERA**: Modificar la Cláusula Segunda del Otrosí No. 1 de 6 de octubre de 2016, la cual quedará así:

'CLÁUSULA SEGUNDA. PLAZO DE CONSTRUCCIÓN SUBSECTORES 2 Y 3. Para la ejecución de las obras objeto de este Otrosí **EL CONCESIONARIO** ajustará el plan de obras vigente no objetado por la Interventoría del proyecto sin que se altere el plazo de la etapa de Construcción para el Contrato de Concesión APP No. 002 de 2015, el cual está sujeto a la supervisión de la Interventoría del proyecto y de **LA AGENCIA,** en los términos contenidos en el Contrato de Concesión. **PARÁGRAFO PRIMERO:** La construcción de la Doble Calzada - Variante Boquerón, iniciará con las obras de la calzada

izquierda la cual hace parte del cronograma de la UF1 y operará en el sentido Ibagué-Cajamarca. Las obras de los Subsectores 2 y 3 de la calzada derecha la parte de la UF2 y se construirán con el cronograma de la UF2. **PARÁGRAFO SEGUNDO: EL CONCESIONARIO** ajustará su Plan de Obras para que las obras de la calzada derecha inicien el 15 de abril de 2020 y terminen a más tardar el 31 de diciembre de 2021. Una vez se termine la construcción de la calzada derecha, esta operará en sentido Ibagué-Cajamarca y la calzada izquierda operará en sentido Cajamarca-Ibagué.'

"CLÁUSULA SEGUNDA: *Una vez construida la calzada derecha,* ***LA AGENCIA*** *representada por el Vicepresidente de Gestión Contractual o quien haga sus veces, el Interventor y* ***EL CONCESIONARIO****, previa verificación de los requisitos previstos en la sección 4.10 'Puesta en servicio de las Unidades Funcionales' y de las condiciones descritas en la Sección 4.17, ambas de la Parte General del Contrato de Concesión APP No. 002 de 2015, y aplicadas a dicha obra, suscribirán un documento denominado 'Acta de Puesta en Servicio Anticipado' con el fin de ponerla en servicio.* ***PARÁGRAFO PRIMERO:*** *Una vez entregada de forma anticipada la Calzada derecha,* ***EL CONCESIONARIO*** *deberá cumplir con las obligaciones contractuales estipuladas en el Contrato de Concesión No. 002 de 2015 y en especial, las indicadas en los Apéndices Técnicos 2 'Condiciones para la Operación y Mantenimiento' y 4 'Indicadores', respecto de dicha obra. En caso de presentarse incumplimientos,* ***LA AGENCIA*** *realizará la acumulación del porcentaje de incumplimiento en cada mes, y será descontado en el momento en que se dé inicio al reconocimiento de la Retribución para la Unidad Funcional 2. Sin perjuicio del régimen de Deducciones previstos en el Contrato de Concesión APP No. 002 de 2015, la deducción aquí prevista sólo aplicará para el periodo comprendido entre la entrega anticipada de los Subsectores 2 y 3 (Calzada derecha) y la terminación de la Unidad Funcional, y se calculará sobre la participación de los Subsectores 2 y 3 (calzada derecha) en el total de la inversión de la Unidad Funcional 2. Para su aplicación, estas deducciones seguirán lo establecido en el Numeral 3.2 Deducciones por Desempeño de la Parte General del Contrato de Concesión.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO: EL CONCESIONARIO*** *deberá mantener y operar a su cuenta y riesgo las obras de la calzada derecha entre el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2022 y el 14 de abril de 2024, garantizando los indicadores que tratan los Apéndices Nos. 2 y 4 del Contrato de Concesión APP No. 002 de 2015.* ***PARÁGRAFO TERCERO:*** *Si* ***EL CONCESIONARIO*** *incumple los indicadores establecidos para la actividad de administración de la estación de peaje en sentido*

Cajamarca-Ibagué para el período indicado, ***LA AGENCIA*** *podrá descontar previa verificación del Interventor hasta el diez por ciento (10%) del valor mensual que se reconoce por esta actividad, esto es, sobre el 6% más IVA del valor total del recaudo mensual por concepto de actividades de administración de la Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, entre la fecha de instalación de esa Estación de Peaje y la fecha de terminación de la Unidad Funcional 2, al cual se refiere la Cláusula Tercera.*

"CLÁUSULA TERCERA. *Modificar la Cláusula Tercera del Otrosí No. 1 del 6 de octubre de 2016, la cual quedará así:*

'CLÁUSULA TERCERA. INSTALACIÓN NUEVA CASETA DE PEAJE y PESAJE 'COCORA'*. La estación de peaje de Cocora en sentido Ibagué - Cajamarca iniciará su operación una vez y suscriba la Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1. La Estación de peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué será instalada el 1 de enero de 2022 a la terminación de las obras correspondientes a la calzada derecha, e iniciará el Recaudo de las Tarifas de Peaje a partir de esa fecha.* ***PARÁGRAFO PRIMERO: EL CONCESIONARIO*** *instalará su cuenta riesgo el 1 de enero 2022 una caseta de control de peaje en la vía existente dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO: LA AGENCIA*** *reconocerá* ***AL CONCESIONARIO*** *el 6% más IVA del valor total del recaudo mensual por concepto de actividades de administración de la Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, entre la fecha de instalación de esa Estación de Peaje, esto es, 1° de enero de 2022, y el 14 abril 2024, fecha de terminación de la Unidad Funcional 2.* ***PARÁGRAFO TERCERO:*** *En el caso en que se de algún incumplimiento en las actividades de administración de la estación de peaje en el sentido Cajamarca-Ibagué, para el periodo indicado, la Interventoría iniciará el periodo de cura establecido en el Contrato de Concesión para ser corregido o subsanado. Dicho plazo de cura no podrá ser superior a tres (3) Días. En caso de persistir el incumplimiento,* ***LA AGENCIA*** *hará un descuento del 10% del valor mensual que se reconocerá por esta actividad, esto es, sobre el 6% más IVA del valor total del recaudo mensual por concepto actividades de administración de la Estación Peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, entre la fecha de instalación de esa Estación de Peaje y la fecha*

> *de terminación de la Unidad Funcional 2, los cuales se consignarán en la Subcuenta de Excedentes ANI.* ***PARÁGRAFO CUARTO****: A partir del 1 de enero de 2022, fecha de inicio anticipado de la operación de la calzada derecha, las tarifas a implementar en la Estación de Peaje Cocora en el sentido Cajamarca-Ibagué serán las establecidas en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 más el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia del cobro de dichas tarifas de conformidad con lo dispuesto en la citada resolución.'*
>
> ***"*****CLÁUSULA CUARTA**: **EL CONCESIONARIO** depositará el recaudo de peaje obtenido entre el 1° de enero de 2022 y el 14 de abril de 2024 en la Estación de Peaje y Pesaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, previo descuento del 6% más IVA del valor total de ese recaudo mensual, en la Subcuenta Cajamarca-Ibagué peaje Cocora, que será creada para tal efecto dentro de la Subcuenta de Excedentes ANI previa instrucción de **LA** AGENCIA a la Fiduciaria y se sujetará a las reglas previstas en el Contrato de Concesión APP No. 002 2015 para dicha subcuenta. **PARÁGRAFO:** el recaudo de peaje obtenido entre el 1° de enero de 2022 y el 14 de abril de 2024 en la Estación de Peaje en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, no hará parte del VPIP previsto en el Contrato de Concesión APP No. 002 de 2015 ni de la Retribución del Concesionario. (…)"

Como puede observarse, los Contratos de Concesión bajo el esquema de APP de iniciativa privada cuya finalidad es la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados sin recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, conllevan la vinculación de capital privado para el cumplimiento de los fines públicos, pero en todo caso, la financiación del proyecto se obtiene a partir de una estructura de ingresos que tiene su origen principal y sustancial en el cobro de peajes por el uso de la infraestructura que se pone a disposición del usuario. Por ello, el valor de las inversiones realizadas en la infraestructura, sea para construirla, ampliarla o rehabilitarla, y para su operación y mantenimiento en determinado tiempo, son finalmente remuneradas mediante el cobro de los peajes y su recaudo que la Nación le cede al Concesionario por el tiempo y en los términos pactados.

Desde un principio, en ejercicio del principio de planeación, el originador propone el proyecto con la respectiva estructura de ingresos e inversiones y la manera como debe ser financiado, a través del modelo financiero que es revisado y finalmente aprobado en un procedimiento -por lo demás tan extenso como complejo- en el cual intervienen las diferentes entidades públicas concernidas, esto es, la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–, el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación, en este caso

el Consejo de Ministros y el Consejo Superior de Política Económica y Social –CONPES–, incluida, claro está, la actuación y conceptos del Consultor Evaluador.

Con fundamento en todo lo anterior, finalmente se celebra el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP con las reglas de su financiación que incluyen la entrega al Concesionario de las Estaciones de Peaje y Pesaje existentes y/o la autorización para que construya nuevas Estaciones que se requieran, incluidas casetas de control para evitar la elusión o evasión, con las correspondientes autorizaciones administrativas que conllevan la cesión del recado de la tarifa del peaje y su aplicación al proyecto, todo lo cual incluye, tal como se pacta tanto en la Parte General y en la Parte Especial del Contrato de Concesión y sus respectivos Apéndices Técnicos y Financieros, la determinación porcentual como fuente de ingresos de cada Estación de Peaje que es lo que determina su estructura tarifaria y su utilización global en la inversión, operación y mantenimiento conforme al modelo financiero, que es lo que determina, a su vez, la ecuación económica del contrato. Esta debe estar siempre debidamente equilibrada para garantizar la ejecución eficiente, eficaz y oportuna del proyecto y la puesta al servicio de la comunidad que se sirve de ella de manera ininterrumpida para satisfacer sus necesidades básicas de movilidad, transporte, comunicación, etc.

Como puede leerse en las reglas contractuales objeto de análisis, allí se contempla que los ingresos provenientes del cobro de las tarifas en cada una de las estaciones de peaje remunera las inversiones para la totalidad de las unidades funcionales, aunque no exista una distinción respecto de la remuneración de una obra, sector o unidad funcional, lo cual evidencia y pone de presente que al no contar con la disponibilidad de tales recursos, necesariamente se afecta la estructura tarifaria y, de contera, la ecuación económica del contrato.

En suma, el recaudo de los peajes en la forma propuesta, aceptada y finalmente acordada, previa entrega de las estaciones de peaje, pesaje y control o de la construcción de las mismas, resulta sustancial para garantizar la obtención de los ingresos requeridos para la inversión, operación y mantenimiento del proyecto conforme a la estructura tarifaria y la ecuación financiera del contrato. Por ello, si se presenta una situación, como la que aquí es objeto de examen, que altera la directamente estructura que origina los recursos y de contera rompe el equilibrio financiero del Contrato, va de suyo que este queda en riesgo y con él el proyecto en ejecución que ha de servir a la comunidad.

Tal como ya se ha señalado, el peaje es un tributo, en la modalidad de tasa, que el Estado cede al Concesionario en los términos y para los fines expuestos, cuyo recaudo en todo caso aquel debe garantizar conforme a la ley; por lo tanto, si el cobro del tributo cuya cesión ha hecho el Estado al Concesionario no es reconocido o aceptado por la comunidad, él como autoridad pública con el imperio para hacerlo efectivo, debe asumir este riesgo y las consecuencias asociadas al mismo, tal y como se pactó en el Contrato, conforme se observa de lo anteriormente expuesto.

Así pues, tanto la lógica de lo racional, como la incontrovertible máxima de la experiencia que se ha desarrollado suficientemente por razón de los múltiples

contratos que en los últimos años se han celebrado para la construcción de obras de infraestructura en Colombia –máxima de la experiencia que en este caso coincide con la lógica de lo racional–, obligan a concluir que si en un Contrato de Concesión celebrado en la modalidad de APP IP sin aportes de recursos estatales, tal como es el Contrato No. 02 de 2015 que aquí se examina, la única fuente prevista y acordada entre las Partes para que el originador y a la vez concesionario pueda obtener los ingresos y los recursos necesarios para compensar tanto su inversión –CAPEX–, como todos los gastos, costos y erogaciones que ha de demandar la operación y el mantenimiento de la obra de infraestructura cuya ejecución ha sido convenida –OPEX–, está constituida por el recaudo de las tarifas de peaje que deben pagar los usuarios de la vía, y dicho recaudo no se obtiene o no es posible hacerlo efectivo dentro de los plazos y/o con arreglo a las proyecciones financieras efectuadas para determinar la viabilidad y/o la factibilidad del respectivo proyecto –aunque tales proyecciones correspondan a modelos de ingeniería financiera que no necesariamente tengan carácter contractual–, será inevitable entonces que se altere y se rompa la ecuación que dio lugar a la celebración del contrato y/o que se constituyó con dicha celebración.

13.- LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS Y LAS CONSECUENCIAS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA ELUSIÓN QUE SE HA VERIFICADO EN ESTE CASO

En el caso que aquí se estudia, según ya se dejó expuesto, se encuentra debidamente acreditado que efectivamente se configuró –e incluso todavía se mantiene en la actualidad– una circunstancia constitutiva de **elusión** respecto del pago de las tarifas de peaje, comoquiera que para asegurar el recaudo correspondiente a la estación de "Peaje Cocora", el Concesionario no pudo, por causas ajenas a su responsabilidad, poner en funcionamiento la correspondiente caseta de control, circunstancia de la cual se han valido los usuarios de la vía que entonces han continuado utilizando el antiguo tramo nacional existente entre Ibagué y Cajamarca, esto es la denominada 'Ruta 4003', sin que por ello deban sufragar monto alguno, todo ante el conocimiento, la pasividad y hasta la complacencia de la propia Entidad Estatal Contratante.

En ese sentido se impone determinar si esa circunstancia fáctica constitutiva de elusión corresponde a uno de los riesgos distribuidos o asignados contractualmente entre las Partes.

Tal como también se ha señalado en el presente laudo, el propio Contrato de Concesión No. 002 de 2015, a la altura de su *"CAPÍTULO XIII",* recoge las estipulaciones que las Partes acordaron en torno a la *"ECUACIÓN CONTRACTUAL Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS",* en cuyo desarrollo y sin perjuicio de la distribución o asignación de riesgos que se hubiere definido de manera especial en alguno otro aparte de dicho Contrato, se concretan en veintisiete (27) riesgos a cargo del Concesionario[139] cuya descripción o tipificación se detalla a lo largo de la misma

[139] *"13.2 Riesgos asignados al Concesionario*
"(a) Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, 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.

"(ii) Los efectos favorables o desfavorables derivados de los sobrecostos asociados a mayor cantidad de obras, respecto de la infraestructura entregada por la concesión actual — contrato de concesión No. 007 de 2007, que sean necesarios para el cumplimiento de los Indicadores mínimos del corredor vial comprensivo de la UF 3 señaladas en las Especificaciones Técnicas del Apéndice Técnico 4.

"(iii) Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en: (i) los precios de mercado de los insumos necesarios (incluyendo mano de obra y servicios) para adelantar las Intervenciones y (ii) de las cantidades de obra que resulten necesarias para la consecución de los resultados previstos para las Intervenciones para cumplir con sus obligaciones contractuales, toda vez que es una obligación contractual del Concesionario obtener los resultados previstos en el Apéndice Técnico 1 y en el presente Contrato de Concesión, sin que existan cubrimientos o compensaciones de parte de la ANI, como consecuencia de la variación de cualquier estimación inicial de las cantidades de obra para las Intervenciones frente a lo realmente ejecutado o por la variación entre cualquier estimación de precios inicialmente efectuada para los insumos necesarios para la ejecución de las Intervenciones y los que en realidad existieron en el mercado al momento de la ejecución de las Intervenciones.

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

"(v) Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar la Operación de acuerdo con lo señalado en las Especificaciones Técnicas del Apéndice Técnico 2 del presente Contrato, toda vez que es obligación del Concesionario obtener los resultados previstos según el presente Contrato sin que existan cubrimientos o compensaciones por parte de la ANI como consecuencia de la variación de cualquier estimación inicial del alcance de la Operación y de las labores asociadas a la misma y lo realmente requerido.

"(vi) Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las actividades previstas durante la Etapa Preoperativa, toda vez que es obligación del Concesionario obtener los resultados previstos según el presente Contrato sin que existan cubrimientos o compensaciones por parte de la ANI como consecuencia de la variación de cualquier estimación inicial del alcance de las obligaciones a su cargo durante la Etapa Preoperativa, salvo por las coberturas previstas expresamente en el presente Contrato.

"(vii) Los efectos favorables o desfavorables derivados del 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.

"(viii)Los efectos desfavorables derivados del riesgo de insuficiencia del Valor Estimado de Predios y Compensaciones Socioeconómicas.

"(ix) Los efectos favorables o desfavorables derivados de los costos de la Gestión Predial, toda vez que es obligación de resultado del Concesionario gestionar y adquirir por cuenta de la ANI, en los términos del CAPÍTULO VII de esta Parte General, los Predios necesarios para adelantar las Intervenciones.

"(x) 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 con las normas vigentes que regulan la materia.

"(xi) Los efectos favorables o desfavorables derivados del traslado e intervención de Redes mayores y menores.

"(xii) Los efectos favorables o desfavorables de la obtención y/o alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la variación en las variables del

cantidad de subnumerales que forman parte de la letra (a) del numeral 13.2 bajo el título *"Riesgos asignados al Concesionario",* más once (11) riesgos a cargo de la

---

mercado, toda vez que es una obligación contractual del Concesionario obtener la completa financiación para la ejecución del Proyecto, para lo cual el Concesionario tiene plena libertad de establecer con los Prestamistas las estipulaciones atinentes al contrato de mutuo —o cualquier otro mecanismo de financiación— necesario para el desarrollo del Proyecto y no existirán cubrimientos o compensaciones de parte de la ANI, como consecuencia de la variación supuesta o real entre cualquier estimación inicial de las condiciones de financiación frente a las realmente obtenidas.

"(xiii)Los efectos desfavorables derivados de todos y cualesquiera daños, perjuicios o pérdidas de los bienes de su propiedad causados por terceros diferentes de la ANI, sin perjuicio de su facultad de exigir a terceros diferentes de la ANI la reparación o indemnización de los daños y perjuicios directos y/o subsecuentes cuando a ello haya lugar.

"(xiv) Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en la rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas, toda vez que la Retribución del Concesionario, compensa todas las obligaciones y riesgos asumidos por el Concesionario. Los mecanismos de cálculo de la Retribución, así como de pagos de compensaciones al Concesionario por los riesgos total o parcialmente asumidos por la ANI, contenidos de manera expresa en este Contrato, están diseñados para restablecer y mantener la ecuación contractual.

"(xv) 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, la contratación de los Contratistas, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, el manejo ambiental y social, el manejo del tráfico, entre otros.

"(xvi) Los efectos favorables y desfavorables derivados de los riesgos de cambios en los costos geológicos por construcción de túneles de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato.

"(xvii)Los efectos favorables o desfavorables derivados del acaecimiento de eventos cubiertos por las pólizas previstas en el CAPÍTULO XII de esta Parte General.

"(xviii) Los efectos derivados de la destrucción total o parcial o hurto de los bienes, materiales y equipos del Concesionario o sus subcontratistas.

"(xix) Los efectos favorables o desfavorables de la variación del tráfico durante la vida del Proyecto.

"(xx) Los efectos favorables o desfavorables de la variación en los Ingresos por Explotación Comercial derivados de la prestación de los Servicios Adicionales.

"(xxi) Los efectos desfavorables correspondientes a pérdidas, daños, gastos, cargos o expensas en que tenga que incurrir el Concesionario con ocasión de la invasión del Corredor del Proyecto por parte de terceros, en tanto es obligación del Concesionario tomar las medidas necesarias previstas en la Ley Aplicable para la defensa y protección del Corredor del Proyecto. Lo anterior se entiende sin perjuicio de A) lo previsto en este Contrato en cuanto a la financiación del Plan de Reasentamientos, B) las compensaciones aplicables, en el caso en que ocurra un Evento Eximente de Responsabilidad, en los términos previstos en la Sección 14.2(h) de esta Parte General y C) los reembolsos a cargo de la ANI cuando ocurra la circunstancia prevista en la Sección 14.2(i)(ii) de esta Parte General.

"(xxii)Los efectos favorables o desfavorables derivados de la constitución, prórroga o re-expedición de los mecanismos de cobertura de riesgos a su cargo, en las diferentes etapas del Proyecto y para todas las Unidades Funcionales que lo componen, incluyendo aquellos que por el nivel de intervenciones que llegue a realizar el Concesionario, generen la pérdida de coberturas existentes de tramos que sean parte del alcance del Proyecto.

"(xxiii) Los efectos favorables y desfavorables derivados de las modificaciones a los diseños durante la Fase de Construcción en los términos de la Sección 6.3. de esta Parte General.

"(xxiv) Los efectos favorables o desfavorables derivados de la evasión de los Peajes por los usuarios.

"(xxv) Los efectos favorables o desfavorables derivados de los cambios en las leyes. Lo anterior salvo por lo previsto en este Contrato, respecto de la asunción del riesgo de Cambio Tributario.

"(xxvi) Los efectos favorables o desfavorables, derivados del comportamiento del tráficó que permitan variar la estimación inicial que tuvo en cuenta el Concesionario para calcular el VPIP, toda vez que la Retribución del Concesionario, compensa todas las obligaciones y riesgos asumidos por el Concesionario.

"(xxvii) Los demás previstos en la Parte Especial".

Entidad Concedente[140], cuya tipificación se consigna a lo largo del numeral 13.3 que en este punto se denomina expresamente *"Riesgos de la ANI".*

[140] *"13.3 Riesgos de la ANI*
"Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados a la ANI, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices y Anexos):
"(a) Parcialmente, los efectos desfavorables derivados de la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad cuando el mismo genere costos ociosos por mayor permanencia en obra, en tanto la asunción de este riesgo conlleva, exclusivamente, el reconocimiento de los mismos en los términos de la Sección 14.2(h) de esta Parte General.
"(b) Parcialmente, los efectos desfavorables derivados del daño emergente causado por los Eventos Eximentes de Responsabilidad a los que se refiere de manera taxativa la Sección 14.2(i)(ii) en la medida que la asunción de este riesgo conlleva, exclusivamente, lo previsto en la Sección 14.2(i) de esta Parte General.
"(c) Los costos en que se deba incurrir por efectos de obras menores no previstas a las que se refiere la Sección 19.1 de esta Parte General, estrictamente conforme a lo señalado en esa Sección. Para su pago, la ANI utilizará los recursos disponibles en la Subcuenta Obras Menores de acuerdo con lo previsto en la Sección 3.15(h)(viii) 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.
"(d) Los efectos desfavorables derivados de la elusión de los Usuarios de los Peajes, entendida como el uso legítimo de nuevas vías alternas, no contempladas actualmente, que tenga como efecto el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto.
"Parágrafo. Forma de Valoración. La elusión de los Usuarios de los Peajes se define como el uso legítimo de vías alternas no contempladas en los estudios de tráfico del proyecto por decisiones discrecionales del Estado que deriva en el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto, generando un efecto negativo dada una reducción en los ingresos del mismo. En consecuencia de lo anterior, al momento de materializarse este riesgo se deben tener en cuenta tres variables principales: ***[a]*** *el tráfico pronosticado del corredor vial que se tomó en cuenta para el proyecto,* ***[b]*** *el tráfico real de esta misma vía y [c] el tráfico real del(los) corredor(es) alterno(s). El Valor del Riesgo Materializado, será estimado como el conteo de tráfico que transita por el(los) corredor(es) alterno(s) multiplicado por las tarifas aplicables vigentes. La activación del riesgo será considerada desde el momento en el cual el (los) corredor(es) vial(es) alterno(s) esté(n) habilitado(s) y apto(s) para la circulación de tráfico vehicular. A partir de este momento, y considerando la continuidad del riesgo hasta la finalización del proyecto, la medición de este riesgo tendrá una recurrencia mensual a partir de su identificación. Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General.*
"(e) Los efectos desfavorables de modificaciones a las tarifas previstas en la Resolución de Peaje, la implementación de tarifas diferenciales en las Estaciones de Peaje existentes y/o nuevas Estaciones de Peaje, en las vías que hacen parte del Proyecto o, en general, cualquier cambio en la estructura tarifaria prevista en la Resolución de Peaje Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General.
"(f) Los costos por la implementación de nuevas tecnologías para recaudo electrónico de Peajes que determine el Gobierno Nacional, según se prevé en la Sección 8.3 de esta Parte General. Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General.
"(g) Los efectos desfavorables derivados de que, por razones no imputables al Concesionario, se haga imposible la instalación de las Estaciones de Peaje nuevas indicadas en el Apéndice Técnico 1, o en general, se haga imposible el recaudo en las Estaciones de Peaje. Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General.
"(h) Los efectos favorables o desfavorables del cambio de ubicación de las Estaciones de Peaje cuando dicha modificación sea impuesta por la ANI o por cualquier entidad pública colombiana con capacidad para ordenar tal modificación. Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General.
"(i) Los menores ingresos derivados de la demora por los ingresos por Recaudo de Peaje causados por la entrega en la fecha estimada de reversión del contrato de concesión No. 007 de 2007, en los términos establecidos en la Parte Especial. Para efectos de compensar el Valor de la

El examen de la referida distribución de riesgos permite advertir que mientras a través del subnumeral (xxiv) de la letra (a) del numeral 13.2, le fueron atribuidos al Concesionario "[l]*os efectos favorables o desfavorables derivados de la* ***evasión de los Peajes por los usuarios",*** mediante la letra (d) del numeral 13.3 se le adjudicaron a la Entidad Contratante "[l]*os efectos desfavorables derivados de la* ***elusión de los Usuarios de los Peajes",*** esto según la definición y los elementos que al respecto fueron convenidos para tener por configurado este específico riesgo, diferenciación que explica, a las claras, el desarrollo que realizó el Tribunal para determinar la diferenciación que, en punto de este Contrato, cabe y/o debe realizarse entre **evasión** y **elusión.**

Ahora bien, tal como acaba de indicarse, en relación con el riesgo de **elusión** que contractualmente le fue asignado a la Entidad Estatal Convocada, también se convinieron unas definiciones específicas que, además de distinguirlo claramente del aludido riesgo de **evasión** –cuyos efectos le correspondieron a la ahora Convocante–, permiten concluir que, en principio, la mencionada **elusión** no le fue adjudicada en forma concreta y completa, sino en cuanto estuvieren reunidos, además, en forma concurrente, tres (3) elementos específicos, a saber: ***i)*** *"el uso legítimo de"* ***ii)*** *"nuevas vías alternas, no contempladas actualmente"* y/o *"no contempladas en los estudios de tráfico del proyecto",* y ***iii)*** que tal uso tuviere como causa u origen *"decisiones discrecionales del Estado".*

De esa manera, ante la ausencia de cualquiera de esos elementos, ha de concluirse entonces que no se tipifica y/o que no se ha concretado el mentado riesgo de **elusión** que las Partes del Contrato establecieron expresamente en la comentada letra (d) de su numeral 13.3.

Así pues, en cuanto resulta fuera de toda duda que la **elusión** cuya configuración se ha verificado en este caso no se vale de y/o no se predica en relación con *"nuevas vías alternas, no contempladas actualmente"* y/o *"no contempladas en los estudios de tráfico del proyecto",* sino que, muy por el contrario, se trata de la utilización que los usuarios han hecho de manera constante y regular respecto del antiguo tramo nacional existente entre Ibagué y Cajamarca, esto es la denominada 'Ruta 4003', utilización que realizan sin efectuar pago alguno –al tiempo que por dicha utilización dejan de pagar el peaje que debían haber cubierto por o para la Estación Cocora–, se impone concluir que dicha **elusión** no corresponde entonces

---

Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General.

"(j) El riesgo de insuficiencia de los recursos que debe aportar el Concesionario a la Subcuenta Interventoría y Supervisión, para hacer los pagos a que se compromete la ANI con el Interventor y/o el Supervisor sin que medie incumplimiento del Concesionario. Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General.

"(k) Los costos asociados a cambios de diseño, incluyendo la realización de obras no previstas en este Contrato, siempre que i) sean decididos autónoma y exclusivamente por la ANI, o ii) que no sean necesarios para cumplir con este Contrato (especialmente con las Especificaciones Técnicas). Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General".

al riesgo que las Partes definieron, tipificaron y asignaron a cargo de la ANI través de la citada letra (d) del numeral 13.3 de su Contrato y para cuya valoración exigieron tres (3) específicos y determinados requisitos, todo lo cual, como resulta apenas natural, con efectos vinculantes para los co-contratantes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1602[141] del Código Civil.

Así pues, el Tribunal deja perfectamente establecido que si bien en el presente caso no habrá lugar a predicar y menos a declarar la materialización del riesgo consignado y tipificado en la letra (d) del numeral 13.3 del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, puesto que no se reúnen, en forma concurrente, los elementos que sirvieron para tipificar contractualmente el aludido riesgo de **elusión,** no es menos cierto que ello no constituye óbice para señalar con toda claridad que, de todas maneras y en términos diferentes a la tipificación que las Partes plasmaron mediante su mencionada estipulación contractual, es lo cierto que en relación con el Contrato en estudio sí se encuentra acreditada la configuración de una **elusión** –si se quiere otra forma de elusión– cuyas características resultan diferentes a las que determinaron las Partes para su tipificación, puesto que para la configuración de la **elusión** cuya existencia el Tribunal ha constatado, los usuarios de las vías se valieron y/o se han valido del antiguo tramo nacional existente entre Ibagué y Cajamarca, esto es la denominada 'Ruta 4003', circunstancia que igualmente ha dado lugar a una reducción en los ingresos del proyecto y por lo cual resulta necesario establecer a cuál de las Partes del Contrato le corresponde asumir este riesgo de **elusión** que, bueno es reiterarlo, corresponde a un riesgo de **elusión** diferente al que las Partes tipificaron en la ya tantas veces mencionada estipulación de la letra (d) del numeral 13.3 y para cuya valoración, por tanto, no habrá lugar a la aplicación de los tres (3) requisitos que las mismas Partes consignaron en el parágrafo de esa misma letra (d).

Así las cosas y dado que el riesgo de **elusión,** en la modalidad o clase cuya materialización se encuentra debidamente probada en el expediente, pero que difiere del riesgo de **elusión** que fue tipificado y delimitado en el Contrato No. 002 de 2015, en cuanto corresponde a un riesgo distinto que no se encuentra asignado por las Partes mediante su Contrato, debe indagarse y esclarecerse entonces cómo deberá ser asumido y/o qué parte debe tenerlo a su cargo.

En este sentido, lo primero que debe consultarse y tenerse presente es el mandato imperativo que la Ley especial establece en punto de la asignación de riesgos en los esquemas de contratación de Asociaciones Público Privadas –APP–, mandato legal que determina que la asignación de los riesgos debe efectuarse de manera eficiente mediante la atribución de cada uno a la Parte del Contrato que esté en mejor capacidad de administrarlo, todo según los precisos términos del inciso tercero (3º) del artículo 4 de la Ley 1508 "[p]*or la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones",* de conformidad con el siguiente texto:

[141] ***"ARTÍCULO 1602.*** *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".*

> *"**ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS GENERALES.** A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.*
>
> *"Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.*
>
> ***"Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar** sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio".* (Se deja resaltado en negrillas).

A esa clara y mandatoria directriz legal, que naturalmente constituye el faro fundamental que ha de orientar al juzgador cuando le corresponda resolver las controversias que existan en torno a la asignación y asunción de riesgos, así como ha de inspirar la interpretación que deba hacerse de las estipulaciones contractuales que se hubieren celebrado sobre esas materias, se deben agregar los amplios, importantes y claros desarrollos jurisprudenciales que se han ocupado de explicar cuál es el alcance de la responsabilidad de los Concesionarios en materia de riesgos.

En efecto, el Honorable Consejo de Estado, mediante su fallo de noviembre 23 de 2016, radicación No. 25000-23-26-000-2012-00233-01, expediente No. 52.161, hizo claridad acerca de la inviabilidad legal de que en relación con un contrato se pretenda trasladarle al contratista particular la totalidad de los riesgos, en bloque y sin discriminación alguna:

> *"Tampoco resultaba válido esgrimir que, según lo plasmado en el Contrato No. 475, el concesionario no pudiera elevar reclamaciones derivadas de la ruptura del equilibrio económico del negocio por haber sido trasladados a él todos los riesgos inherentes a su ejecución, con fundamento en las siguientes razones:*
>
> *"Sobre el particular, la Sala observa que en el número 29) de la cláusula segunda del Contrato No. 475 en la que la entidad asentó su defensa fue consignada al siguiente tenor:*
>
> *"El Concesionario no podrá reclamar del IDRD desequilibrio económico alguno por cuanto a éste se trasladan todos los riesgos inherentes a la ejecución del proyecto y se entiende que*

el concesionario con la presentación de la oferta, es conocedor de tales riesgos. Sin embargo, se tendrá en cuenta lo consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993"[142]*.*

"La literalidad de la estipulación en comento, en criterio de esta instancia, contiene una seria contradicción en tanto, por un lado, contempla la renuncia del concesionario, desde la suscripción del contrato, a elevar reclamaciones derivadas del desequilibrio económico, pero a renglón seguido impone la observancia y apego a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, norma que precisamente se encarga de regular el mantenimiento de la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer y de adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento en el evento en que dicha igualdad se rompa por causas no imputables al afectado.

"Así pues, ante la dualidad interpretativa que ofrece la estipulación que se revisa, la comprensión que habrá de privilegiarse corresponderá a aquella que consulte el acatamiento de la disposición legal reguladora del mantenimiento de la ecuación contractual, no solo porque así lo orientan las reglas de interpretación contractuales[143] *que descansan en la protección del principio de conmutatividad, sino porque el entendimiento dispensado por esta Subsección a las renuncias anticipadas en torno a los efectos derivados del desequilibrio económico del contrato, esto es, realizadas antes de que ocurra el supuesto de fractura, apunta a señalar que las mismas no estarían llamadas a producir efectos por cuenta de su ineficacia. Sobre el particular, esta Sala ha sostenido que:*

"La posibilidad de acudir a los instrumentos de ajuste y revisión de precios refleja, entre otros, el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, propio de los contratos conmutativos onerosos (artículos 1496 a 1498 del C.C.), a cuya categoría pertenecen gran parte de los contratos estatales

---

[142] *"**Artículo 27º.-** De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*
"Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate".

[143] "**Artículo 28º de la Ley 80 de 1993.-** *De la Interpretación de las Reglas Contractuales*. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".

(artículo 28, Ley 80 de 1993), por cuanto están orientados a garantizar que la prestación intrínseca se mantenga inalterable, es decir, que no sea sustancialmente distinta de aquella prevista al momento de acordar el sinalagma funcional (plazo, precio y objeto). Esto significa que las partes no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico-financiero del contrato. Nadie puede renunciar a lo que desconoce"[144]*.*

"Sentado lo anterior, enseguida cobra relevancia realizar algunas reflexiones acerca de la posibilidad de trasladar al concesionario todos los riesgos que se presenten durante la ejecución del contrato, en los términos en que quedó plasmado en la cláusula que se analiza.

"Sea lo primero señalar que ***aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio "por su cuenta y riesgo", ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía.*** *En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato.*

"Muestra de ello son las previsiones concebidas en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, dirigidas a cristalizar el principio de transparencia, de conformidad con las cuales, en el documento precontractual, que posteriormente se integrará el contrato adjudicado, no se exigirán condiciones de imposible cumplimiento y no se inducirán ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, ***todo lo cual se traduce en la imposibilidad de asignar al particular la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin importar su imprevisibilidad, su naturaleza y dimensión.***

[144] *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, expediente: 20524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.*

"A propósito de este aspecto, en pasada ocasión esta Subsección[145] se ocupó de examinar el contenido y alcance de una regla precontractual a través de la cual se pretendía que los proponentes ofrecieran los precios unitarios consignados en sus propuestas "considerando a todo factor". En dicha oportunidad la Sala concluyó que la aludida previsión resultaba ineficaz, debido a que insertaba un sistema de distribución de riesgos que atentaba contra las reglas consagradas en el artículo 24 del Estatuto Contratación Estatal a las que se hizo mención, por las razones que, por guardar similitud con el caso que se resuelve, se reiteran:

"Ahora bien, si lo que se pretendía era que el contratista asumiera cualquier tipo de riesgo sin importar su magnitud y sin establecer los límites de sus alcances, resulta viable concluir que tal exigencia abandona por completo el criterio de justicia que debe permear el pliego de condiciones, pues resulta a todas luces inequitativo que se le exija al contratista la asunción de una carga cuya dimensión además de ser totalmente incierta y desconocida, en el caso de presentarse eventualmente podría llevarlo a un estado de desequilibrio económico respecto del cual, paradójicamente, la misma ley de contratación se encarga de fijar mecanismos obligatorios –y a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado irrenunciables ex-ante– que procuren y garanticen su restablecimiento, garantías que por ningún motivo pueden ser desconocidas por la entidad pública so pretexto de la inclusión de la modalidad "considerando todo factor" en el análisis de precios unitarios.

"Por similares motivos puede concluirse que la analizada exigencia entrañaba una regla orientada a que el contratista realizara ofrecimientos de extensión ilimitada en cuanto que, como se explicó, el desconocimiento de los riesgos que serían asumidos por virtud de dicha cláusula llevaría a concluir que no existiría entonces límite alguno que pudiera servir de lindero para fijar las cargas que estarían en cabeza del futuro contratista, circunstancia que igual contraría la prohibición relativa a la existencia de cláusulas de imposible cumplimiento, comoquiera que no resulta posible asumir la ocurrencia de todo tipo de sucesos o eventualidades sin resultar quebrantado económicamente por cuenta de su acaecimiento".

"Siguiendo esa misma línea de pensamiento, se agrega que tampoco resultaría ajustado a derecho asignar al concesionario la asunción de los riesgos cuya concreción se derive directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante

[145] Cita textual del fallo que se transcribe parcialmente: *"Ver en ese mismo sentido la sentencia proferida por esta Subsección, el 27 de marzo de 2014, exp. 28.845, C.P. Mauricio Fajardo Gómez".*

y que tuvieran la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del ius variandi o del hecho del príncipe.

"Aceptar lo contrario, llevaría a una vulneración flagrante del artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal, del cual se desprende que en los actos en que se ejerciten la potestad excepcional de modificación unilateral "deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial".

"La anterior premisa halla un asiento jurídico igualmente en el canon 1535 del Código Civil el cual consagra que "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga".

"En relación con este tópico, concierne destacar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha analizado la distribución de los riesgos en el contrato de concesión en punto al alcance de la definición que sobre su tipología establece el artículo 32 de la Ley de 80 y en desarrollo de ese estudio ha considerado:

"Afirmar que en el contrato de concesión de obra pública, el concesionario asume la ejecución del objeto contractual "por su cuenta y riesgo", más que referirse a los ingresos que pueda recibir el contratista con la financiación de la obra, en principio significa que la permanencia, disminución o aumento de los ingresos provenientes de la operación, que en la órbita contractual representa la remuneración del contratista, constituyen el riesgo del negocio que debe ser asumido por éste[146], salvo en los casos en que la ejecución del contrato se altere por actos o acciones que hagan parte de la teoría de la imprevisión, del hecho de la administración pública contratante, o por circunstancias derivadas del ejercicio de las atribuciones

[146] Cita de la sentencia en referencia "El artículo 33 de la Ley 105 de 1995, consagra las llamadas garantías de ingresos que operan en doble sentido, tanto en favor de la entidad concedente como en favor del concesionario. Para cumplir con esas garantías se diseñó un sistema de compensación en el siguiente orden: ampliación del plazo de la operación, aumento de las tarifas de peaje por encima del I.P.C., aportes del presupuesto nacional. Todos estos mecanismos tienen como finalidad mantener el equilibrio contractual".

> *constitucionales o legales de una autoridad pública distinta a la contratante (hecho del príncipe). Es decir, hechos que afecten el equilibrio económico del contrato.*
> *"(…).*
>
> *"Dentro de los riesgos no previsibles razonablemente y por tanto no trasladables al concesionario se encuentran 'aquellos que son ajenos a la voluntad de las partes y están asociados a eventos imprevisibles e irresistibles que impiden a alguna de ellas el cumplimiento de una obligación determinada', que integran la noción de fuerza mayor o que hacen parte de la teoría de la imprevisión o del hecho del príncipe, según identificación que de los mismos hace el Documento CONPES 2775 de abril de 1995, que coincide con las definiciones del Código Civil"*[147]*.*
>
> *"……...*
>
> *"Como conclusión (…)* ***la Sala no encuentra de recibo el argumento de la defensa, con apoyo en el cual sostuvo que el concesionario no podría elevar reclamaciones derivadas de la ruptura del equilibrio económico del negocio por haber sido trasladados a él todos los riesgos inherentes a su ejecución".*** (Se deja resaltado y subrayado).

Y en relación con el alcance de los riesgos que legalmente le corresponde asumir al Concesionario, el Honorable Consejo de Estado en su sentencia de noviembre 13 de 2018, radicación No. 13001-23-31-003-1999-00319-01, expediente No. 55.230, dejó claro que tales riesgos no pueden considerarse de manera absoluta o ilimitada, en forma tal que el particular Contratista deba soportar *"… todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía",* así:

> *"La argumentación puesta de presente convoca a la Sala a realizar prima facie algunas precisiones en torno al alcance de la asunción de riesgos en el marco de un contrato de concesión como el que ahora se discute.*
>
> *"Sea lo primero señalar que, aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio* ***'por su cuenta y riesgo', ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía.***

[147] Sala de Consulta y Servicio Civil, 12 de diciembre de 2006, Rad. 1792, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

"En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato.

"Muestra de ello son las previsiones concebidas en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, dirigidas a cristalizar el principio de transparencia, de conformidad con las cuales, en el documento precontractual, que posteriormente se integrará el contrato adjudicado, no se exigirán condiciones de imposible cumplimiento y no se inducirán ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, todo lo cual se traduce en la imposibilidad de asignar al particular la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin importar su imprevisibilidad, su naturaleza y dimensión.

"Siguiendo esa misma línea de pensamiento, se agrega que tampoco resultaría ajustado a derecho asignar al concesionario la asunción de los riesgos cuya concreción se derive directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuvieran la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del ius variandi o del hecho del príncipe.

"Aceptar lo contrario, llevaría a una vulneración flagrante del artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal, del cual se desprende que en los actos en que se ejerciten la potestad excepcional de modificación unilateral 'deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial'.

"La anterior premisa halla un asiento jurídico igualmente en el canon 1535 del Código Civil el cual consagra que "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que

consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”.”[148]*.*
(Se deja resaltado en negrillas).

De la misma manera, el pronunciamiento efectuado por el Honorable Consejo de Estado en marzo 18 de 2010, radicación No. 25000-23-26-000-1994-00071-01, expediente No. 14.390, hizo precisión acerca de los elementos que caracterizan al contrato de concesión, así:

> *“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993 (…) de manera general define el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público; en ambos casos, el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio,* ***siempre por cuenta y riesgo del concesionario*** *y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal. Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden –artículo 32, numeral 4°*[149]*–”.*

---

[148] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada el 13 de noviembre de 2018; radicación número 13001-23-31-003-1999-00319-01; expediente No. 55.230. Magistrada Ponente, doctora Marta Nubia Velásquez Rico.

[149] El artículo 32 numeral 4º de la ley 80 de 1993 define el contrato de concesión en los siguientes términos:
“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.
En otras oportunidades se ha expresado: “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público..., así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en... tarifas...”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995); Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza; Radicación número: 750. En similar dirección, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: 12619.

"(…)

"Y en lo atinente a (iii) la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, *se ha indicado que en cuanto, por definición legal al concesionario corresponde actuar* ***por su cuenta y riesgo, ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio,*** *razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales, como la ha expresado la jurisprudencia:*

"La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas"[150] (énfasis añadido)".

"Lo dicho pone de presente que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto —obra pública, servicios públicos, etcétera— por razón del factor consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate, toda vez que dicha financiación correrá, en la concesión, por cuenta del concesionario, *mientras que el*

[150] *Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve; Consejero ponente: Javier Henao Hidrón; Radicación número: 1190. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público.*

repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuenta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente; precisamente en la concesión la Administración encarga a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos, tanto técnicos como financieros, requeridos para su ejecución, asegurándole el repago de la inversión que él realiza mediante la cesión, por parte de la entidad concedente –o autorización de recaudo o pago directo– de "derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"[151].

"La fuente de los recursos destinados a financiar la ejecución del objeto material de la concesión y particularmente la responsabilidad de su consecución, constituye por tanto, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional y, "distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio"*[152]*; ello da lugar a entender que la concesión se estructura y se caracteriza como un típico negocio financiero en el cual el particular destina a la construcción de una obra pública, a la prestación de un servicio o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obliga a las correspondientes prestaciones que permiten al concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos en cada caso para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos.

"En ese orden de ideas, la utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del "precio" pactado –equivalente al valor de la obra ejecutada, para citar el ejemplo del típico contrato de obra–, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual o, en otros términos, en el retorno de la inversión realizada; *dicho retorno constituye, entonces, el móvil*

---

[151] *Artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993.*

[152] *SAYAGUÉS LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, cit., p. 559.*

que conduce al concesionario a la celebración del convenio; de este modo pueden, entonces, visualizarse las ventajas perseguidas por las partes en el contrato de concesión: el beneficio estatal se concreta en la realización de la obra, en la prestación del servicio o en la explotación del bien de dominio público, sin que para tal fin se haya visto precisado a afectar el presupuesto del Estado, y el del contratista concesionario, a su turno, en los rendimientos del capital invertido.

"Consustancial, por consiguiente, al concepto de concesión, resulta que el concesionario tendrá a su cargo ***la ejecución del objeto del negocio concesional por su cuenta y riesgo, lo cual le adscribe la responsabilidad de la consecución de los recursos técnicos y económicos requeridos a tal fin;*** *como contrapartida, el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra o explotar el bien o servicio, la remuneración correspondiente, la cual usualmente provendrá de la explotación económica del objeto de la concesión, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio, por un plazo determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra y, de esta forma, igualmente se garantice la obtención de las utilidades lícitas que lo movieron a celebrar el contrato, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.*

"(…)

"En realidad, los riesgos que por definición legal asume el concesionario en atención a la especial naturaleza del contrato de concesión y a su tipificación, dicen relación, principalmente, con la obligación de conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución del objeto pactado, aunque también se extienden, por vía de ejemplo, en la concesión de obra y cuando el diseño corre por cuenta del concesionario, a la determinación de las cantidades de la misma requeridas para la ejecución del objeto contractual, por manera que constituirán un riesgo a cargo del concesionario las variaciones técnicas o cuantitativas que se verifiquen en el curso de la ejecución del negocio y que eventualmente pudieren causar un mayor costo de construcción"[153]. (Se han agregado las negrillas).

De lo expuesto se tiene entonces que para efectos tanto de definir cuál de las Partes debe asumir un determinado riesgo –como el referido a aquella **elusión** que resulta diferente de la que fue tipificada expresamente por las Partes en la letra (d) del numeral 13.3 del Contrato de Concesión No. 002 de 2015–, como para efectuar una

[153] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada el 18 de marzo de 2010; radicación No. 25000-23-26-000-1994-00071-01; expediente No. 14.390.

recta y adecuada interpretación de las cláusulas que al respecto convinieron los co-contratantes, deben tenerse en cuenta, en primer lugar, los precisos mandatos del transcrito inciso tercero (3º) del artículo 4 de la Ley 1508, según cuyas voces en los denominados contratos de APP debe efectuarse ***"una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar …".***

En segundo lugar, necesariamente deberán consultarse también las pautas jurisprudenciales que enseñan sobre esta materia, entre muchos otros aspectos de importancia, ***i)*** que *" … **las renuncias anticipadas en torno a los efectos derivados del desequilibrio económico del contrato, esto es, realizadas antes de que ocurra el supuesto de fractura, apunta a señalar que las mismas no estarían llamadas a producir efectos por cuenta de su ineficacia"**[154]**,*** puesto que *"las partes **no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico-financiero del contrato.** Nadie puede renunciar a lo que desconoce"*[155]*;* ***ii)*** que *"aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio "por su cuenta y riesgo", ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía"*[156]*,* a lo cual se añade ***iii)*** que resulta imposible *"asignar al particular la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin importar su imprevisibilidad, su naturaleza y dimensión"*[157]*;* ***iv)*** que *"aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio 'por su cuenta y riesgo', ello no equivale* [a] *afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía"*[158]; y ***v)*** que *"la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo … significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio …"*[159]*.*

[154] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada en noviembre 23 de 2016; radicación No. 25000-23-26-000-2012-00233-01; expediente No. 52.161.
[155] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de marzo 14 de 2013; expediente No. 20524. Magistrado Ponente, doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[156] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada en noviembre 23 de 2016; radicación No. 25000-23-26-000-2012-00233-01; expediente No. 52.161.
[157] Ibidem.
[158] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de noviembre 13 de 2018; radicación No. 13001-23-31-003-1999-00319-01; expediente No. 55.230. Magistrada Ponente, doctora Marta Nubia Velásquez Rico.
[159] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada el 18 de marzo de 2010; radicación No. 25000-23-26-000-1994-00071-01; expediente No. 14.390.

Dentro de ese marco jurídico se procede entonces a examinar el sentido y el alcance de las estipulaciones que se encuentran consagradas en la parte final de letra (a) y en la letra (b) del numeral 13.1 del Contrato en examen, según las cuales, después de precisar que *"El Concesionario asume … (B) los riesgos que le han sido asignados mediante este Contrato, así como los riesgos asociados a la ejecución de sus obligaciones",* se agrega lo siguiente que guarda directa relación con los riesgos no asignados de manera expresa a alguna de las Partes:

> *"(a) … … el Concesionario expresamente reconoce que no serán procedentes ajustes, compensaciones, indemnizaciones ni reclamos, por las causas señaladas o debidas o que tengan origen en esos factores, o a cualquier otra causa o factor que se produzca durante el desarrollo del Contrato con excepción hecha de las consecuencias que este Contrato prevé de manera expresa cuando ocurran los riesgos asignados a la ANI. Por consiguiente, corresponde al Concesionario asumir los riesgos propios de la ejecución del presente Contrato puesto que el cumplimiento de las obligaciones de resultado del mismo es a riesgo del Concesionario.*
>
> *"(b) Lo anterior no impide que, ante la ocurrencia de riesgos que i) no hayan sido previstos en el Contrato y, ii) aunque no hayan sido expresamente previstos, no correspondan a aquellos que por la naturaleza de las obligaciones del Concesionario estén asignados a este; pueda proceder el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando el riesgo, además de ser imprevisto e imprevisible, y no imputable al Concesionario, tenga las características de gravedad, anormalidad y magnitud para que proceda dicho restablecimiento, de conformidad con la Ley Aplicable".*

Al efectuar el examen de las cláusulas transcritas a la luz de la jurisprudencia sentada por el Honorable Consejo de Estado, según aquí se dejó parcialmente transcrito, se desprenden en forma clara e inequívoca las siguientes conclusiones:

- <u>En primer lugar</u>, que no es posible reconocerle efectos a las renuncias anticipadas como las que de manera equivocada e indebida se plasmaron en la mencionada parte final de la letra (a) del numeral 13.1, a través de las cuales se buscaba evitar que el Concesionario pudiera formular reclamaciones por causas diferentes a la configuración de los riesgos expresamente asignados a al ANI, en cuanto se señaló que *"… el Concesionario expresamente reconoce que no serán procedentes ajustes, compensaciones, indemnizaciones ni reclamos, por las causas señaladas o debidas o que tengan origen en esos factores, o a cualquier otra causa o factor que se produzca durante el desarrollo del Contrato con excepción hecha de las consecuencias que este Contrato prevé de manera expresa cuando ocurran los riesgos asignados a la ANI".*

Al respecto resulta fundamental tener presentes los mandatos imperativos que consagra el inciso final del artículo 24 de la Ley 80 "[p]*or la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"* y a cuya aplicación procede en este caso el Tribunal, comoquiera que dicha disposición legal califica de ***"… ineficaces de pleno derecho las estipulaciones … de los contratos que … dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados",*** hechos dentro de los cuales la letra e) de esa misma disposición legal determina que **"[s]*e definirán reglas que … impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada …",*** de conformidad con los siguientes textos:

> ***"ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.*** *En virtud de este principio:*
>
> *"……...*
>
> *"5o. En los pliegos de condiciones*
>
> *"……*
>
> *"e)* ***Se definirán reglas*** *que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y* ***que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada*** *o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad".*
>
> *"……...*
>
> ***"Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones*** *de los pliegos y* ***de los contratos que*** *contravengan lo dispuesto en este numeral, o* ***dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados".*** (Se deja resaltado en negrillas).

Así las cosas, haber incluido en la estipulación contractual la manifestación del Concesionario en el sentido de que ***"… reconoce que no serán procedentes ajustes, compensaciones, indemnizaciones ni reclamos, por las causas señaladas o debidas o que tengan origen en esos factores, o a cualquier otra causa o factor que se produzca durante el desarrollo del Contrato …",*** a no dudarlo constituye una evidente y anticipada ***"renuncia a reclamaciones"*** que versa sobre los hechos enunciados en la norma legal transcrita, puesto que la renuncia a, o lo que es lo mismo el reconocimiento a la improcedencia de reclamos, de indemnizaciones o de compensaciones **por cualquier causa** –sin poder conocer cuál podría ser su límite– diferente a las específicamente establecidas como riesgos a cargo de la Entidad Estatal Contratante, naturalmente convierte esa clase de renuncia anticipada en un claro e inequívoco ***ofrecimiento de extensión ilimitada.***

Exactamente el mismo análisis que acaba de plasmarse cabe replicarlo en relación con la ***"CLÁUSULA DÉCIMA. RIESGOS"*** **del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2015**, en cuanto corresponde a la estipulación que comportó la renuncia del Concesionario a formular reclamaciones y/o a la limitación que se convino para que los riesgos asumidos por la Entidad Estatal Contratante únicamente pudieran activarse con posterioridad a la terminación de la Unidad Funcional 2, puesto que todo ello significa que mientras se llega a la finalización de dicha Unidad Funcional y, por tanto, durante todas las etapas pre-constructivas y constructivas anteriores al logro de ese hito, el Concesionario habría accedido entonces a renunciar de manera anticipada a la configuración ilimitada de todo riesgo.

El siguiente es el texto de la mencionada ***"CLÁUSULA DÉCIMA. RIESGOS"*** del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2015:

> ***"CLÁUSULA DÉCIMA. RIESGOS. LAS PARTES*** *entienden y aceptan que la presente modificación no conlleva a la alteración de los riesgos. En todo caso, los riesgos de* ***LA AGENCIA*** *señalados en la Sección 13.3 de la Parte General del Contrato, solo se podrán activar una vez se termine la Unidad Funcional 2, razón por la que el concesionario no reclamará compensaciones por activación de riesgos durante el lapso comprendido entre la entrega anticipada de las obras objeto de este otrosí y la fecha de entrega de la Unidad Funcional 2. Así mismo, lo regulado en la Sección 3.4 de la Parte General del Contrato se aplicará a partir de la terminación de la Unidad Funcional 2".* (Se deja subrayado).

De esta manera, el Tribunal encuentra que, con apoyo en los desarrollos de la comentada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, así como particularmente con fundamento en la norma legal que se deja transcrita y cuya aplicación para el presente caso queda suficientemente explicada, las estipulaciones contractuales que aquí se han destacado, necesariamente deben tenerse como ***"ineficaces de pleno derecho".***

- En segundo lugar, que la circunstancia de que al tipificar el Contrato de Concesión la ley le atribuya al Concesionario la responsabilidad de ejecutarlo *"por su cuenta y riesgo",* de ninguna manera significa que ese particular *"… se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto …",* amén de que no resulta posible *"asignar al particular la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin importar su imprevisibilidad, su naturaleza y du dimensión",* tal cual se quiso definir en la estipulación transcrita, al pretender efectuar un traslado al particular, en bloque e indiscriminadamente, de todos aquellos riesgos que no estuvieren asignados a la ANI, en cuanto se dijo: *"por consiguiente, corresponde al Concesionario asumir los riesgos propios de la ejecución del presente Contrato puesto que el cumplimiento de las obligaciones de resultado del mismo es a riesgo del Concesionario".*

- En tercer lugar, que de conformidad con las previsiones de la transcrita letra b) del citado numeral 13.1 del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, la **elusión** cuya ocurrencia ha verificado el Tribunal en el presente caso ***i)*** corresponde a un riesgo que no ha sido previsto ni asignado en el Contrato; ***ii)*** no corresponde a uno de los riesgos que por la naturaleza de las obligaciones del Concesionario le esté asignado a él; ***iii)*** se trata de un riesgo que no pudo ser previsto al momento de la celebración del Contrato y el Tribunal no encuentra en el expediente elemento de prueba que permita inferir que su configuración pueda ser imputable a la responsabilidad del Concesionario, amén de que ***iv)*** por sus características, por su anormalidad y por su magnitud en términos de cuantía, debe serle compensado a dicho Concesionario.

A todo lo anterior, suficiente *per se* para afirmar de manera inequívoca que el riesgo de **elusión** que aquí se ha materializado, según la verificación probatoria que de sus elementos ha constatado el Tribunal –riesgo que, según se ha explicado con amplitud, resulta diferente de la **elusión** tipificada por las Partes en la letra (d) del numeral 13.3 del Contrato en estudio–, debe agregarse que de conformidad con los dictados imperativos del transcrito inciso tercero (3º) del artículo 4 de la Ley 1508, resulta apenas natural que sea la Entidad Estatal Contratante la que se encuentra en mejor capacidad de administrarlo, buscando la mitigación de su impacto, puesto que las autoridades del Estado son las que disponen de facultades y de medios para impedir que los usuarios de las vías transiten por las mismas de manera gratuita, sin realizar el pago de las tarifas establecidas para los peajes formalmente instituidos y autorizados, lo cual incluye también la disposición de medios para evitar que tales usuarios puedan utilizar vías existentes para **eludir** el pago de las tarifas de peaje que deberían realizar si para cubrir el mismo trayecto debieran desplazarse por las vías nuevas en las cuales se encuentran instaladas las correspondientes estaciones de peaje.

Para el Tribunal resulta claro que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–, en cuanto es una Entidad Estatal descentralizada del orden nacional, que forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, de naturaleza especial, adscrita al Ministerio de Transporte, tal como la define el artículo 1[160] del Decreto 4165 de 2011 "[p]*or el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones -INCO",* tiene la facultad-deber de coordinar con las autoridades competentes todo lo concerniente a la fijación y cobro de tarifas de peaje en las vías nacionales, tal como lo reflejan, entre otras disposiciones, los numerales 11, 14 y 15 del referido Decreto 4165 de 2011, al fijarle las siguientes funciones a su respectivo Presidente, funciones y facultades de las cuales carece, naturalmente, el Concesionario privado:

[160] ***"ARTÍCULO 1. CAMBIO DE NATURALEZA JURÍDICA Y DENOMINACIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES.*** *Cámbiase la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones - INCO de establecimiento público a 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, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte".*

> ***"11. FUNCIONES DEL PRESIDENTE.*** *Son funciones del Presidente de la Agencia las siguientes:*
>
> *"……..*
>
> *"11. Promover la coordinación de la Agencia con las entidades u organismos públicos y privados.*
>
> *"……..*
>
> *"14. Proponer al Ministerio de Transporte o a las entidades competentes, las tarifas de peajes y tasas a cobrar por el uso de las áreas e infraestructura de transporte que haga parte de proyectos a cargo de la Agencia, de acuerdo con las políticas del Ministerio de Transporte.*
>
> *"15. Solicitar al Ministerio de Transporte concepto vinculante previo para la instalación de las casetas de peaje y otros puntos de cobro de acuerdo con las normas vigentes y las políticas del Ministerio para los proyectos a cargo de la Agencia".*

Con fundamento en todo lo expuesto, el Tribunal no vacila en concluir que en el caso sometido a su conocimiento sí se configuró y/o se materializó el riesgo de **elusión,** en los términos antes explicados, sin que dicho riesgo corresponda, aunque lleve la misma denominación, a la **elusión** tipificada por las Partes en la letra (d) del numeral 13.3 del Contrato de Concesión No. 002 de 2015.

14. SOBRE SI SE CONFIGURÓ O NO Y/O SE ENCUENTRA ACREDITADO DENTRO DEL PLENARIO, SEGÚN LO ALEGA LA DEMANDANTE, LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO CONSISTENTE EN LA ADOPCIÓN DE TARIFAS DE PEAJE DIFERENCIALES O EXENCIONES EN FAVOR DE GRUPOS DE POTENCIALES USUARIOS DE LA VÍA.

Como ya se ha indicado, en la demanda arbitral, la Concesionaria sostiene que la creación o adopción de tarifas diferenciales o de exenciones en favor de grupos potenciales de usuarios del Sistema Vial GICA, materializan un riesgo en cabeza de la ANI y si ello constituye motivo para que se disponga la activación de los mecanismos de compensación y en el caso que sean insuficientes para su mitigación o compensación, se proceda a la terminación del Contrato.

Para justificar su aserto, la Parte Convocante señala que, efectivamente, en el curso de este proceso arbitral, el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 20233040001025 de 2023 que creó tarifas diferenciales en favor de algunos de los usuarios afectados por la construcción de la UF1 y la UF2 e indicó que, si bien es cierto el recorte de las tarifas no es sustancial, puesto que en sí mismo no genera un alto impacto en el Contrato, de todas maneras se trata de un fenómeno que, aunado a los anteriores, en conjunto, sí genera una materialización del riesgo a

cargo de la ANI. Así mismo señaló que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 050 de 2023 mediante el cual congeló el aumento de las tarifas de los peajes.

Sobre este tema, el Tribunal destaca que en el numeral 13.3 de la Parte General del Contrato de Concesión bajo el esquema APP No. 002 de 2015, se pactó lo siguiente:

> "Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados a la ANI, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices y Anexos):"
>
> (…)
>
> "(e) *Los efectos desfavorables de* modificaciones a las tarifas previstas en la Resolución de Peaje, la implementación de tarifas diferenciales en las Estaciones de Peaje existentes y/o nuevas Estaciones de Peaje, en las vías que hacen parte del proyecto o, en general, cualquier cambio en la estructura tarifaria prevista en la Resolución de Peaje. Para Efectos de Compensar el valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General."

Ello significa que efectivamente sí se identificó y se pactó el riesgo al que hace referencia la Parte Convocante y el mismo le fue asignado a la ANI. Le corresponde al Tribunal determinar, con base en las pruebas debidamente decretadas y practicadas, si ese riego se materializó o no y en el evento en que la respuesta sea positiva, si se debe compensar el valor de la materialización del mismo, haciendo uso de los mecanismos de compensación contemplado en la Sección 3.2 de la Parte General del Contrato de Concesión objeto de análisis.

En la contestación de la demanda arbitral, la **ANI** afirmó que no se ha materializado ese riesgo. En efecto, para la Parte Convocada, a la luz del Contrato, el riesgo se entiende materializado cuando efectivamente se ha concretado, esto es, cuando es real, cierto y actual y para ello, existen mecanismos e instrumentos que permiten determinarlo y compensarlo, pero siempre que se haya materializado, cosa que, afirma, no ha ocurrido en el presente caso.

Posteriormente, en su alegato de conclusión, al referirse a la Resolución No. 20233040001025 de 2023 "Por la cual se establecen tarifas diferenciales en la estación de peaje denominada Cocora, perteneciente al proyecto de iniciativa privada Girardot – Ibagué – Cajamarca - GICA, Contrato de Concesión 002 de 2015", la Parte Convocada puso de presente que efectivamente

> *"El 13 de enero de 2023 el Ministerio de Transporte expidió la Resolución No. 20233040001025 de 2023 'Por la cual se establecen tarifas diferenciales en la estación de peaje*

denominada Cocora, perteneciente al proyecto de iniciativa privada Girardot – Ibagué – Cajamarca - GICA, Contrato de Concesión 002 de 2015'.

Así, en las consideraciones expuestas en la Resolución No. 20233040001025 de 2023 se analizaron los riesgos de la aplicación de las tarifas diferenciales, evaluando la suficiencia de los mecanismos de compensación contemplados en el contrato de concesión. De tal forma, se concluyó que el valor estimado de materialización del riesgo es de $2.653.525.333, el cual puede ser solventado con los dineros consignados en la subcuenta de excedentes. No obstante, en caso de que no sea suficiente el monto que se encuentra en la subcuenta de referencia para compensar la materialización del riesgo, por haber disminuido el recaudo, se debe seguir con el siguiente mecanismo previsto, es decir, el aumento del valor presente de recaudo de peaje –VPIPr, de la siguiente forma.

'(…) En cuanto al procedimiento para realizar ***la compensación del riesgo anteriormente expuesto, se realizará conforme lo indicado en la sección 3.4****, que dice: '(…)'*

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y de conformidad con lo pactado en el Otrosí No. 3 donde se acordó entre las partes que el recaudo del peaje Cocora sentido Cajamarca –Ibagué será depositado en la subcuenta de Excedentes ANI menos el 6% que será reconocido al concesionario por concepto de actividades de administración de la Estación de Peaje Cocora sentido Cajamarca –Ibagué, hasta que se dé la fecha de terminación de la Unidad Funcional 2 la cual se estima sea el 14 de abril de 2024, *a continuación* ***se evalúa la suficiencia de los mecanismos de compensación con el cual cuenta el Contrato de Concesión No. 002 de 2015****.*

En primer lugar, de acuerdo con los registros recientes por cobro de tarifas IV y V en el sentido Ibagué –Cajamarca se cuenta con un ***estimado de recaudo anual de $6.518.480.353 pesos corrientes, el cual se espera sea el mismo recaudo para el sentido Cajamarca –Ibagué, que iniciaría su cobro una vez se habilite el tráfico en el sentido Cajamarca –Ibagué por los tramos 2 y 3****.*

En segundo lugar, ***se estimó el total de pasos para cada categoría de tarifa diferencial tomando como referencia el total de pasos de la categoría IE en el peaje Gualanday entre noviembre de 2021 y octubre de 2022 divididos sobre el total de cupos asignados, es decir, 261.7 pasos/cupo/año.*** *El*

resultado anterior se multiplicó por el número de cupos de cada categoría diferencial y se obtuvo el valor a compensar por año, el cual se presenta en el siguiente cuadro:

***De lo anterior se observa que se contaría con disponibilidad de recursos en el primer mecanismo de compensación que es la subcuenta de Excedentes ANI**. Sin embargo, y así como lo señala el área financiera de la ANI, **en caso de que el recaudo en el sentido Cajamarca –Ibagué, no sea suficiente para compensar el diferencial tarifario en estudio, se recomienda analizar la implementación del mecanismo de compensación establecido en la sección 3.2 literal (b) (iv)Aumento del valor presente de Recaudo de Peaje –VPIPr**.*

*En conclusión, **se cuenta con un valor estimado de materialización de riesgos de $2.653.525.333 pesos corrientes, el cual se espera ser compensado mediante la subcuenta de Excedentes que se estima contar con un recaudo anual de $6.518.480.353 pesos corrientes, lo que permite establecer una posible suficiencia en el primer mecanismo de compensación.** Finalmente, en dado caso que se presente una disminución de recaudo en el peaje Cocora sentido Cajamarca –Ibagué se cuenta con el soporte de usar el mecanismo "Aumento del valor presente de Recaudo de Peaje –VPIPr, lo que permitirá asumir los efectos económicos generados por la materialización del riesgo tarifario, como consecuencia de otorgar el beneficio de Tarifa Diferencial en la estación de peaje Cocora en las Cat. I con 1100 cupos, Cat. II con 300 cupos y Cat. III con 100 cupos para los habitantes de los municipios de Cajamarca y las veredas Coello Cocora, Perico, La Esmeralda, El Tambo, Gamboa, Morro chusco y Curalito de Ibagué y para los vehículos habilitados por el Ministerio de Transporte para la prestación del servicio público de transporte.(…)' Énfasis por fuera del texto.*

"Adicionalmente, la parte considerativa de la resolución dispuso que no se habían presentado observaciones a la resolución cuando fue publicada en la página web del Ministerio de Transporte y de la Agencia Nacional de Infraestructura, así:

"Que el contenido de la presente resolución fue publicado del 29 de diciembre de 2022 al 12 de enero de 2023 en la página web del Ministerio de Transporte y de la Agencia Nacional de Infraestructura, en cumplimiento de lo determinado en el numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, Decreto 1081 de 2015 modificado por el Decreto 270 de 2017 y la Resolución 994 de 2017 del Ministerio de Transporte, quienes certificaron mediante

oficio de fecha 13 de enero de 2023, que no se allegaron observaciones." Énfasis por fuera del texto.

"El artículo 1 de la Resolución No. 20233040001025 de 2023 estableció las tarifas diferenciales que se aplicarían en el Peaje Cocora de acuerdo con la categoría del vehículo, así:

(…)

En ese sentido, el artículo 4 de la resolución de referencia determinó que la ANI deberá proponer al Ministerio de Transporte modificaciones cuando evidencie que puede ser insuficiente los mecanismos de compensación contemplado en el contrato, así:

"ARTÍCULO 4. La Agencia Nacional de Infraestructura deberá proponer con suficiente antelación al Ministerio de Transporte una modificación y/o redistribución de los pasos y/o un incremento del valor de las tarifas y demás condiciones previstas en la presente Resolución, cuando advierta amenaza de insuficiencia de alguno de los mecanismos de compensación contemplados en el Contrato de Concesión No 002 de 2015 que pueda impactar el equilibrio financiero del mismo, en tal evento, la Agencia Nacional de Infraestructura solicitará de manera oportuna e inmediata por escrito al Ministerio de Transporte la modificación correspondiente." Énfasis por fuera del texto.

"En ese orden de ideas, la Resolución No. 20233040001025 de 2023 evalúa la suficiencia de los mecanismos establecidos en el contrato para compensar la materialización del riesgo derivado de la aplicación de las tarifas diferenciales en el peaje Cocora, llegando a la conclusión de que la subcuenta de excedentes ANI tendría los recursos necesarios para solventar la materialización del riesgo. Sin embargo, la resolución de referencia, prevé que si no es suficiente este mecanismo se emplearan los demás contemplados en el contrato, y como última medida, se modificará el Contrato de Concesión No 002 de 2015 si se advierte la insuficiencia de los mecanismos de compensación contemplados. Adicionalmente, se prevé la transitoriedad de la resolución, puesto que impone a la ANI la obligación de acudir al Ministerio de Transporte cuando advierta la insuficiencia de alguno de los mecanismos contemplados en el contrato."

En relación con la expedición del Decreto 050 de 2023, "Por medio del cual se ordena no incrementar las tarifas de peaje a vehículos que transiten por el territorio nacional por las estaciones de peaje a cargo del Instituto Nacional de Vías - INVIAS y de la Agencia Nacional de Infraestructura", la ANI señaló que de conformidad con las consideraciones expuestas en dicho Decreto 050 de 2023, las medidas que toma

el gobierno nacional pueden conllevar al reconocimiento de ajustes de la tarifa de peaje, por lo cual el INVIAS y la ANI deben verificar los mecanismos pactados en el contrato o alternativos para reconocer el ajuste de las tarifas a los concesionarios.

En ese sentido, señaló que, si bien el objetivo es diseñar y aplicar los mecanismos necesarios para reestablecer la tarifa a más tardar del 31 de diciembre de 2024, es posible reestablecerla con anterioridad a esta fecha. Adicionalmente, la ANI precisó que: i) las medidas implementadas a través del Decreto 050 de 2023 son de carácter transitorio, es decir, no serán constantes durante la ejecución del contrato; y ii) en el Decreto 050 de 2023 se prevé la aplicación de los mecanismos contemplados en el contrato para compensar los efectos que el decreto tuvo sobre el contrato. Así las cosas, concluyó, el Decreto 050 de 2023, a pesar de determinar que no se incrementarían las tarifas de peajes tentativamente hasta el 2025, estableció que las entidades encargadas de las estaciones de peaje deberían reconocer los ajustes generados a la tarifa de peaje de acuerdo con los mecanismos contemplados en los diferentes contratos y/o por medio de mecanismos alternos. En ese sentido, dijo, el decreto expedido por el Gobierno nacional no dispuso que los concesionarios debieran asumir una carga no contemplada en el contrato, sino que fue una medida política que determinó la forma de compensar el desajuste causado de forma inmediata.

Con todo, más adelante, en su alegato de conclusión, frente al riesgo de tarifas diferenciales y no actualización de tarifas, la ANI propuso como excepciones***: i)*** que los efectos del Decreto 050 de 2023 y la Resolución 20233040001025 de 2023 son transitorios; ***ii)*** que el riesgo cuya supuesta materialización reclama GICA es futuro e hipotético, porque parte del supuesto de que las tarifas diferenciales y no actualización de tarifas se extenderán por todo el término del contrato; y, ***iii)*** que el Decreto 050 y la Resolución de tarifas diferenciales establecen mecanismos de compensación.

Al respecto señala que el numeral 3.4 (i) del Contrato de Concesión 002 de 2015 establece que en el evento en que el Ministerio de Transporte adopte tarifas diferenciales, cree exenciones o tarifas especiales, o afecte la estructura tarifaria de los pejes, surge la obligación para el interventor, el supervisor y el concesionario de revisar trimestralmente la ejecución del contrato con el fin de calcular la diferencia entre el recaudo de peaje entre la Resolución de peaje y las modificaciones tarifarias del Ministerio de Transporte, de lo cual debe quedar constancia en un acta de cálculo de compensación.

De acuerdo con lo anterior, en el evento en que el Ministerio decida modificar la estructura tarifaria del proyecto, el procedimiento a seguir por el concesionario, en conjunto con la interventoría y la supervisión es el siguiente: ***i)*** determinar el recaudo del peaje que se hubiera producido con la estructura tarifaria de la Resolución 175 de 2015; ***ii)*** determinar el recaudo bajo el esquema tarifario modificado por el Ministerio de Transporte; ***iii)*** calcular la diferencia entre ambas cifras**;** ***iv)*** determinar la suficiencia de los mecanismos de compensación; y***, v)*** suscribir un Acta de Cálculo de la Compensación por riesgo. En tal virtud, señala, una vez se adelante el procedimiento para evaluar los riesgos efectivamente

materializados y se suscriba un acta de cálculo de la compensación, el concesionario asumirá por cuenta y riesgo la obtención o no del valor de compensación pactado.

En consecuencia, dice la ANI, el cálculo del supuesto riesgo materializado por tarifas diferenciales que reclama la demandante debió hacerse con base en el procedimiento anteriormente descrito. Sin embargo, advirtió la ANI que, en el presente proceso el concesionario no probó la realización cálculos trimestrales, ni de la suscripción de actas de cálculo de la compensación por riesgo en los términos ordenados por el contrato. Por lo tanto, en gracia de discusión, si el riesgo de tarifas se hubiera materializado, dice la ANI, el concesionario no probó que se diera aplicación al procedimiento para su estimación, por lo que cualquier cálculo por este concepto resulta inadmisible, al desconocer las disposiciones contenidas en el Contrato 002 de 2015 para ese efecto.

Ahora bien, en el evento en que el Tribunal considere que pudo existir la materialización del riesgo de tarifas diferenciales, señala que la Resolución 20233040001025 de 2023 establece tarifas diferenciales en la estación de peaje Cocora para vehículos de categorías I, II y III de los habitantes del municipio de Cajamarca, de algunas veredas del municipio de Ibagué, y para los vehículos que presten el servicio de transporte entre los municipios de Ibagué-Cajamarca y viceversa. Sin embargo, el mencionado acto administrativo advierte que las tarifas diferenciales en la estación de peaje Cocora serán implementadas una vez se fijen los requisitos para acceder al beneficio. Sumado a lo anterior, la Resolución 20233040001025 de 2023 en su parte considerativa, advierte que los recursos que cubrirán las tarifas diferenciales serán tomados de la subcuenta de excedentes ANI.

Teniendo en cuenta el texto en cita, es claro que la resolución de tarifas diferenciales estableció como mecanismo de compensación la utilización de los recursos de la subcuenta de excedentes ANI, la cual, por razones imputables al concesionario se encuentra en cero, en la medida en que no ha cumplido con su obligación de construir la unidad funcional 2, motivo por el cual, además no se ha instalado la caseta de peaje en la calzada derecha cuyo recaudo se destina precisamente a la subcuenta de excedentes ANI.

De acuerdo con lo anterior, señala que si bien la Resolución 20233040001025 de 2023 fue expedida por el Ministerio de Transporte, a la fecha se encuentra pendiente por definir los requisitos para acreditar la calidad de beneficiario, el procedimiento para acceder a las tarifas diferenciales, y las causales de pérdida del beneficio. ***Por lo tanto, las tarifas diferenciales actualmente no se están aplicando. En la misma línea, en el dictamen pericial de la parte demandante, Bonus reconoce que las tarifas diferenciales no se han concretado en la realidad***:

> “A este respecto expresamos que el suscrito perito no hace manifestación alguna, desde luego que, a la fecha de cumplir lo ordenado por el Tribunal, no se ha concretado en la realidad lo ordenado por la Resolución que adopta las tarifas diferenciales

> y que, además, en el futuro éstas solo podrán ser puestas en ejecución una vez se cumplan las actividades que la misma Resolución dispone para poder poner en marcha el beneficio concedido a los usuarios del Sistema Vial GICA.” (Énfasis por fuera del texto).

En consecuencia, si bien la resolución está vigente***, las tarifas diferenciales no se están aplicando como quiera que no se han concretado los requisitos para su puesta en funcionamiento***. En tal virtud, el recaudo no se ha visto afectado por concepto de tarifas diferenciales y cualquier cálculo o proyección frente al particular resulta hipotético y no ofrece certeza alguna en la estimación.

Por lo tanto, dice la ANI que no es cierto lo manifestado por la demandante al indicar que el riesgo de tarifas diferenciales se materializó en el presente caso. Lo anterior, teniendo en cuenta que no se están aplicando tarifas diferenciales en el peaje Cocora y no existen afectaciones en el recaudo por tal concepto que deban ser objeto de compensación.

Finalmente, la ANI señala que los actos administrativos en mención tienen carácter transitorio en tanto contemplan mecanismos de compensación en aras de normalizar la estructura tarifaria del Contrato de Concesión 002 de 2015 en un plazo determinado.

Empero, el concesionario proyecta su reclamación sobre la base de que las situaciones de no incremento de tarifas y tarifas diferenciales se van a mantener a lo largo de toda la ejecución del contrato. Sin embargo, tanto el Decreto 050 de 2023 como la Resolución 20233040001025 de 2023 son actos administrativos transitorios.

De acuerdo con la norma, las entidades allí señaladas tienen un plazo determinado para normalizar el esquema tarifario que vence el 31 de diciembre de 2024. Por lo tanto, los efectos de no incremento de tarifas no se pueden extender más allá de la fecha indicada. En ese sentido, resulta errado el cálculo de Bonus según el cual no solo se proyecta el no incremento de tarifas por un término superior al 31 de diciembre de 2024, sino que se prolonga por el término de duración del contrato.

De acuerdo con lo anterior, es claro que Bonus proyectó sus cálculos con base en riesgos eventuales, de los cuales no existe certeza acerca de su ocurrencia. En consecuencia, concluyó la ANI, las estimaciones realizadas carecen de credibilidad y no demuestran afectaciones ciertas que haya sufrido la ejecución del contrato; las medidas adoptadas por el Ministerio de Transporte y la ANI frente al no incremento de tarifas y el establecimiento de tarifas diferenciales son transitorias, y no existen elementos que puedan demostrar que se van a mantener por toda la ejecución del contrato; por lo tanto, no está probado que se haya materializado el riesgo de tarifas diferenciales, y tampoco que ese supuesto riesgo se vaya a extender por el plazo restante del Contrato 002 de 2015.

El Tribunal considera que las pretensiones de la demanda arbitral y a los hechos que le sirven de causa, la Convocante solo refirió a la posible creación o adopción de tarifas diferenciales o de exenciones en favor de grupos potenciales de usuarios del Sistema Vial GICA, lo cual se concretó luego con la expedición de la Resolución 20233040001025 de 2023 expedida por el Ministerio de Transporte, en virtud de la cual pudo haberse materializado el riesgo en cabeza de la ANI y así, ello podría constituir motivo para que se dispusiera la activación de los mecanismos de compensación y en el caso que sean insuficientes para su mitigación o compensación, se proceda a la terminación del Contrato. Con la demanda arbitral y con fundamento en los hechos que le sirven de causa, no se formuló ninguna pretensión relacionada con el congelamiento de las tarifas de los peajes que se produjo con la expedición del Decreto 050 de 2023. En tal virtud, aplicando el principio de coherencia al cual se ha hecho mención en esta providencia, el Tribunal no se referirá a dicho Decreto, sino únicamente a la determinación de tarifas diferenciales que se relaciona con dos pretensiones que serán resueltas más adelante.

Ahora, el Tribunal deja sentado que conforme a los hechos descritos en la demanda arbitral y la concreción de ellos mediante la expedición de la citada Resolución 20233040001025 de 2023 expedida por el Ministerio de Transporte, se pudo haber ha materializado el riesgo a cargo de la ANI contemplado en la Cláusula 13.3 literal e) del Contrato de Concesión. En efecto, la Resolución establece tarifas diferenciales en la estación de Peaje Cocora para vehículos de categorías I, II y III de los habitantes del Municipio de Cajamarca, de algunas veredas del Municipio de Ibagué, y para los vehículos que presten el servicio de transporte entre los Municipios de Ibagué-Cajamarca y viceversa.

Así mismo, tal y como lo señala la expresamente la Resolución y lo admite la ANI, ese mismo acto prevé que con motivo de la creación de las tarifas diferenciales en favor de algunos de los usuarios de la vía concesionada, se afecta la estructura tarifaria y ello genera una disminución del recaudo en el Peaje Cocora que debe ser compensado para lo cual la misma señala el quantum de la misma y determina que debe aplicarse los mecanismos previstos en el contrato y que si ellos son insuficientes señala que puede modificarse el contrato de Concesión para resolverlo.

En efecto, tal y como lo reconoce la Convocada, la Resolución señala que "***se cuenta con un valor estimado de materialización de riesgos de $2.653.525.333 pesos corrientes, el cual se espera ser compensado mediante la subcuenta de Excedentes que se estima contar con un recaudo anual de $6.518.480.353 pesos corrientes, lo que permite establecer una posible suficiencia en el primer mecanismo de compensación.*** *Finalmente, en dado caso que se presente una disminución de recaudo en el peaje Cocora sentido Cajamarca –Ibagué se cuenta con el soporte de usar el mecanismo 'Aumento del valor presente de Recaudo de Peaje –VPIPr, lo que permitirá asumir los efectos económicos generados por la materialización del riesgo tarifario, como consecuencia de otorgar el beneficio de Tarifa Diferencial en la estación de peaje Cocora en las Cat. I con 1100 cupos, Cat. II con 300 cupos y Cat. III con 100 cupos para los habitantes de*

los municipios de Cajamarca y las veredas Coello Cocora, Perico, La Esmeralda, El Tambo, Gamboa, Morro chusco y Curalito de Ibagué y para los vehículos habilitados por el Ministerio de Transporte para la prestación del servicio público de transporte.(…)' .

Inclusive, el artículo 4 de la citada Resolución determina que "*La Agencia Nacional de Infraestructura deberá proponer con suficiente antelación al Ministerio de Transporte una modificación y/o redistribución de los pasos y/o un incremento del valor de las tarifas y demás condiciones previstas en la presente Resolución, cuando advierta amenaza de insuficiencia de alguno de los mecanismos de compensación contemplados en el Contrato de Concesión No 002 de 2015 que pueda impactar el equilibrio financiero del mismo, en tal evento, la Agencia Nacional de Infraestructura solicitará de manera oportuna e inmediata por escrito al Ministerio de Transporte la modificación correspondiente."*

También la propia ANI señala que Resolución prevé que si no es suficiente este mecanismo, se emplearán los demás contemplados en el Contrato, y como última medida, se modificará el Contrato de Concesión No 002 de 2015 si se advierte la insuficiencia de los mecanismos de compensación contemplados.

Ello significa que sí se produjo un acto administrativo que creó unas tarifas diferenciales y el mismo acto estimó el quantum del menor valor del recaudo del peaje Cocora, por lo cual se debe concluir que ya ha sido estimado por el propio Ministerio de Transporte y consta en el mismo acto administrativo que fija las tarifas diferenciales cuando prevé el impacto de la medida.

Distinto es que tal mecanismo se esté aplicando, por cuanto el mencionado acto administrativo advierte que las tarifas diferenciales en la estación de peaje Cocora serán implementadas una vez se fijen los requisitos para acceder al beneficio y ello no ha ocurrido.

En tal virtud, no obstante la fijación de la tarifas diferenciales, en la medida en que no se han establecido los requisitos para acceder al beneficio, tales tarifas no se están aplicando y, por lo tanto, aunque ya se ha estimado el monto del valor de la compensación, en la medida en que no se ha disminuido el valor del recaudo, no se ha materializado el riesgo contemplado en el Contrato a cargo de la ANI, y por lo mismo, no hay lugar a activar los mecanismos de compensación.

15. SE HA AFECTADO LA ESTRUCTURA FINANCIERA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 002 DE 2015 Y/O DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN DICHA ESTRUCTURA FINANCIERA EN TANTO SE HA CONFIGURADO Y/O SE ENCUENTRA ACREDITADO DENTRO DEL PLENARIO, SEGÚN LO ALEGA LA DEMANDANTE, LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO POR LA IMPOSIBILIDAD -TOTAL O PARCIAL- DEL RECAUDO EN EL PEAJE DE COCORA POR RAZONES NO IMPUTABLES AL CONCESIONARIO.

La Convocante señaló que en la sección 13.3 de la Parte General del Contrato de Concesión relaciona los riesgos que están en cabeza de la **ANI,** dentro de los cuales

se encuentra el descrito en la letra (g), que se refiere a los efectos desfavorables derivados de que, por razones no imputables al Concesionario, se haga imposible en general, el recaudo en las Estaciones de Peaje y que para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, también se haga uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de la Parte General.

Este tema se refiere, de contera, a la imposibilidad de recaudar la totalidad del peaje de Cocora debido a la falta de la caseta de control debido a la elusión que ya ha sido tratada.

En efecto, la Convocante destacó en primer lugar que en el Contrato de Concesión y con la suscripción de los Otrosíes Nos. 1 y 3, las Partes pactaron la instalación de una nueva Caseta de Peaje “Cocora” y la inclusión de una caseta de control del mismo en la vía existente del Proyecto. De igual forma, señaló que como fue aceptado por la Interventoría, la financiación del proyecto se obtiene a partir de una estructura de ingresos que tiene su origen principal y sustancial en el cobro de peajes por el uso de la Infraestructura, de manera que al momento de presentarse una situación que altera la estructura que origina los recursos y se imposibilita su recaudo, el contrato se encuentra en riesgo y al no contar con la disponibilidad de los recursos se afecta la ecuación económica del contrato.

En consecuencia, señaló que la **ANI,** por manifestaciones escritas y habladas ante los medios de comunicación y la comunidad misma, puso en riesgo el efectivo recaudo del cobro de las tarifas de peaje de la nueva Caseta de Peaje de “Cócora” y de la caseta de control de peaje contempladas en el Otrosí No. 3 del Contrato de Concesión y, por lo tanto, generó la imposibilidad parcial del recaudo en el citado Peaje de Cocora, por razones que no imputables al concesionario.

Sobre este tema, la Parte Convocada señaló que la ejecución del Contrato de Concesión es a cuenta y riesgo de **APP GICA**, por lo que es ella la que debe asumir los efectos favorables o desfavorables de la ejecución del proyecto, dentro de los límites establecidos en el Contrato mismo; dijo además que el Originador fue quien en el marco de sus obligaciones legales estableció y definió para el Contrato los mecanismos de tipificación y asignación de riesgos previsibles, que posteriormente debieron surtir los trámites de ley ante las instancias nacionales correspondientes para poder ejecutar el proyecto. Así mismo, la Convocada indicó que en la ejecución del Contrato no se no se ha materializado ningún riesgo a su cargo y por lo tanto no se ha configurado un menor recaudo que le sea imputable.

El Tribunal constata que en el numeral 13.3 de la Parte General del Contrato de Concesión, se pactó lo siguiente:

> “Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados a la ANI, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices y Anexos):”

(…)

> "(g) Los efectos desfavorables derivados de que, por razones no imputables al Concesionario, se haga imposible la instalación de las Estaciones de Peaje nuevas indicadas en el Apéndice Técnico 1, ***o en general, se haga imposible el recaudo en las Estaciones de Peaje.*** Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de esta P arte General."(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Al estudiar en extenso el tema de la elusión, al cual se remite el Tribunal, atrás quedó demostrado que la ausencia de la estación de control de peaje por razones imputables a la ANI, ha generado la mentada elusión lo que a su vez le ha impedido al Concesionario recaudar en su totalidad el peaje de la Estación de Cocora, que ha generado en consecuencia una disminución de los ingresos que afectan tanto la estructura tarifaria como la ecuación económica del Contrato de Concesión que, por lo tanto, le deben ser compensados mediante los mecanismos previsto en el mismo contrato.

De conformidad con todo lo allí expuesto, basta con señalar ahora que los efectos desfavorables derivados de los hechos, conductas, actuaciones, circunstancias y aún de decisiones no imputables al Concesionario, como ya quedó demostrado, han hecho imposible el recaudo de la totalidad del peaje en la citada Estación de Cocora, con lo cual igualmente se ha materializado el riesgo contemplado en la Cláusula 13.3 literal g) de la Parte General del Contrato de Concesión, tal y como lo advirtió la Convocante en su demanda arbitral, lo que obliga a compensar el valor de la materialización de este riesgo mediante el uso de los mecanismos de compensación de riesgos contemplados en la Sección 3.2. de la Parte General.

16.- LA PROCEDENCIA DE ACTIVAR Y APLICAR LOS MECANISMOS DE COMPENSACIÓN DE RIESGOS PREVISTOS EN EL CONTRATO POR EL MENOR VALOR DE RECAUDO DEL PEAJE Y, SI ELLOS NO FUEREN SUFICIENTES, SI SE PODRÁ DISPONER SU TERMINACIÓN:

Tal y como se ha advertido a lo largo de esta providencia, el Contrato de Concesión prevé que el menor valor del Recaudo de Peaje por la materialización de los riesgos a cargo de la ANI, deberá ser compensado mediante la aplicación de los mecanismos en él contemplados.

Demostrado como está, según el análisis hasta ahora hecho y según se confirmará al resolver cada una de las pretensiones declarativas y de condena, que se han materializado varios riesgos a cargo de la ANI, la consecuencia prevista en el Contrato es la de que deberá activarse el esquema de compensación mediante la aplicación de los mecanismos en él contemplados.

Se parte de la base que, en primer lugar, en la **Parte General del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 del 12 de febrero de 2015,** Capítulo III, que refiere a los aspectos económicos del Contrato, en su numeral 3.1 se dispuso, letra a), que para que Concesionario obtuviera ***el derecho a la retribución*** debía terminar la Unidad Funcional, para lo cual se tenía que suscribir la respectiva Acta. Ahora bien, si la terminación era parcial, contempló la posibilidad de una causación y pago de una compensación especial.

Por su parte, en su letra (b) estableció que dentro de las ***fuentes de donde la Concesionaria obtendría el pago de la Retribución*** o de la compensación especial, cuando fuera aplicable, está el ***"(i) Recaudo de Peajes".***

Luego, en su letra (d) sobre la retribución del Concesionario –y de la Compensación Especial, cuando sea aplicable– señala que será calculada entre el Interventor y el Concesionario, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente al mes respecto del cual se calcula la retribución, para lo cual, entre el Interventor y el Concesionario, deberán consignar las bases de cálculo en las denominadas **Actas de Cálculo de la Retribución.**

> *"**(h) La Retribución total del Concesionario será la suma de la Retribución correspondiente a cada una de las Unidades Funcionales que componen el Proyecto.** (Negrillas fuera de texto)*
>
> *"(i) El Concesionario declara que conoce y acepta que la Retribución dependerá del Índice de Cumplimiento, el cual se deriva de la ponderación de los Indicadores."*

Seguidamente, en el numeral 3.4 que contiene lo relacionado a peajes, derecho de recaudo e ingresos por explotación comercial, se estipuló que:

> *"(a) Se cederá al Concesionario **la operación de las Estaciones de Peaje (el 'Derecho de Recaudo')** en la misma fecha de entrega de la infraestructura, salvo por las excepciones establecidas en la Parte Especial. (Negrillas fuera de texto).*
>
> *"(b) El Concesionario tendrá la obligación de llevar a cabo el Recaudo de Peaje de la totalidad de las Estaciones de Peaje del Proyecto cuando le sean entregadas por la ANI (…)"*
>
> *[...]*
>
> *"(g) En el caso en que por cualquier razón no imputable al Concesionario:*
>
> *(iii) **No sea posible la instalación de cualquiera de las Estaciones de Peaje nuevas**; o (negrillas fuera de texto"*

(iv) Se imponga la instalación de las Estaciones de Peaje en ubicaciones distintas a las mencionadas en el Apéndice Técnico 1, se aplicarán las reglas de que trata la siguiente Sección 3.4(h).[161]

---

[161] *"(h) Las reglas a la que se refiere la Sección anterior serán:*
"(i) No se generará compensación alguna o Compensación por Riesgo a cargo de la ANI —sin perjuicio del eventual reconocimiento del VPIP dentro del Plazo Inicial del Contrato, si es del caso— por cualquiera de las circunstancias descritas en la Sección 3.4(g) durante los primeros noventa (90) Días siguientes:

"1. Para el evento al que se refiere la Sección 3.4(g)(i): El Día de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional —o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, según corresponda— dentro de la cual el Apéndice Técnico 1 contempla la instalación de la Estación de Peaje no instalada; o nueva ubicación.

"2. Para el evento al que se refiere la Sección 3.4(g)(ii): El Día de la instalación o reinstalación de la Estación de Peaje en la nueva ubicación.

"(ii) El cálculo del término aquí previsto será contabilizado de forma independiente para cada Estación de Peaje afectada.
"(iii) Si la situación descrita en la Sección 3.4(g) se mantiene por un término superior a noventa (90) Días, se causará a favor del Concesionario el derecho a la Compensación por Riesgo por el acaecimiento del riesgo de menor Recaudo de Peaje en los términos descritos en las Secciones 3.4(h) y 3.2 de esta Parte General.
"(iv) El Valor del Riesgo Materializado será calculado mensualmente por la Interventoría a partir del Día (91) siguiente a la fecha en que el Apéndice Técnico 1 contemplaba la instalación de la Estación de Peaje tomando como base de cálculo el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1 —determinado de acuerdo con lo establecido en la Sección 3.4(h) v- y:

"(1) Para los casos descritos en la Sección 3.4(g)(i): El Día de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional —o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, según corresponda— dentro de la cual el Apéndice Técnico 1 contempla la instalación de la Estación de Peaje no instalada; o

"(2) Para los casos descritos en la Sección 3.4(g)(ii): El Recaudo de Peaje de la Estación de Peaje afectada en dicha Sección.

"(v) Para determinar el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1, con anterioridad al cumplimiento del término indicado en la Sección 3.4(h)(iii), el Concesionario deberá instalar en la ubicación original de la Estación de Peaje afectada, a su entero costo y riesgo, un equipo de conteo de tráfico con las características descritas en el Apéndice Técnico 2. El Interventor verificará y certificará que el equipo de conteo de tráfico es adecuado para los fines previstos y que los conteos hechos corresponden a la realidad del tráfico de vehículos.
"(vi) Del cálculo realizado de acuerdo con la Sección 3.4(h)(iv) se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo o en su modificación correspondiente, suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes al vencimiento mensual de que trata la Sección 3.4(h)(iv) de este Contrato o una vez finalicen los eventos descritos Sección 3.4(g), lo que primero ocurra.
"(vii) En caso de existir diferencias entre las Partes, éstas acudirán al Amigable Componedor para que resuelva la controversia.
"(viii) Una vez establecida la diferencia a la que hace referencia la Sección 3.4(h)(iv) se procederá a verificar la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos, así:

"(1) Suficiencia de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;

"(2) De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;

"(3) De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;

"(4) De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;

Y, más delante se acordó lo siguiente que es lo que entonces procede aplicar:

"(iii) El valor resultante derivado del menor Recaudo de Peaje deberá ser compensado, así:

"(1) Al traslado a la Cuenta Proyecto de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;

"(2) De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;

"(3) De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;

"(4) De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;

"(5) ***De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar***

"(5) De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f)de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral.

"(ix) Calculado el Valor del Riesgo Materializado y determinada la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos de que trata la Sección 3.4(h)(viii) anterior, deberá suscribirse el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo en los términos establecidos en la Sección 3.2. de esta Parte General, y será por cuenta y riesgo del Concesionario la obtención o no de dicho Valor del Riesgo Materializado en las condiciones pactadas en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo.

"(x) Estos recursos así compensados por la ANI, se tendrán en cuenta como parte del Recaudo de Peaje, para todos los efectos previstos en este Contrato, entre ellos —pero sin limitarse— para el cálculo del VPIP."

> ***a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General,*** *sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral." (Negrillas fuera de texto).*

17.- LA PROCEDENCIA DE APLICAR, EN EL PRESENTE CASO, LA FÓRMULA DE LIQUIDACIÓN CONTRACTUALMENTE ACORDADA EN LA ESTIPULACIÓN 18.3 (f)

Tal como quedó visto, la Demanda es reiterativa al solicitar, mediante sus PRETENSIONES VIGÉSIMA CUARTA DECLARATIVA y PRIMERA DE CONDENA, que en cuanto prospere la pretensión encaminada a obtener la *"Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015"* (PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA), *"… se ordene la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f)*[162] *de la Parte General del Contrato",* acuerdo que, a su vez, establece la fórmula que deberá aplicarse para la liquidación en caso de *"Terminación Anticipada en Etapa de Operación y Mantenimiento".*

Pues bien, en este punto cobra particular relevancia el acuerdo que, naturalmente con efectos vinculantes, concluyeron las Partes para efectos de adoptar o precisar el sentido o la definición que en su relación obligacional tendrían determinadas expresiones que se utilicen a lo largo del propio Contrato de Concesión No. 002 de 2015.

En ese sentido, al inicio del citado Contrato de Concesión las Partes adoptaron las definiciones de aquellos términos que se utilizan a lo largo del contenido de dicho Contrato, tal como pasa a destacarse en relación con aquellas expresiones que resultan pertinentes para el tema que aquí se examina.

> ***"CAPÍTULO I DEFINICIONES***
>
> *"Para los fines de este Contrato, a menos que expresamente se estipule de otra manera o se definan de manera particular en otro aparte de este Contrato (incluidos sus Apéndices y Anexos), los términos en mayúscula inicial que aquí se usan, estén utilizados en forma singular o plural, tendrán el significado asignado a dichos términos según se indican a continuación. Los títulos de las Secciones y Capítulos se incluyen con fines de referencia y de conveniencia pero de ninguna manera limitan, definen o describen el alcance y la intención del presente Contrato y no se consideran como parte del mismo. Las palabras técnicas o científicas que no se encuentren definidas*

[162] "18.3 Fórmulas de Liquidación del Contrato
"……
"(f) Terminación Anticipada en Etapa de Operación y Mantenimiento
"Si se produce la Terminación Anticipada del Contrato durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula (…)".

expresamente en este Contrato tendrán los significados que les correspondan según la técnica o ciencia respectiva y las demás palabras se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas.

"……..

"1.58 "Etapa de Operación y Mantenimiento"

"Se refiere a la segunda etapa de ejecución del Contrato de Concesión durante la cual el objeto principal del Contrato será la realización de las actividades de Operación y Mantenimiento sobre el Proyecto. Esta etapa correrá desde la suscripción de la última Acta de Terminación de Unidad Funcional hasta la Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento. Una vez terminada la Etapa de Operación y Mantenimiento se iniciará la Etapa de Reversión del Contrato.

"……

"1.60 "Etapa Preoperativa"

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

"……

"1.154 "Terminación Anticipada del Contrato" o "Terminación Anticipada"

"La Terminación Anticipada del Contrato, en cualquiera de sus etapas, será consecuencia de la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en la Sección 17.2 de esta Parte General. En todo caso, la causal respectiva sólo se entenderá configurada cuando: i) las Partes acepten la ocurrencia de la misma, o –de no estar de acuerdo sobre este punto– cuando así lo declare, en pronunciamiento en firme, el Tribunal de Arbitramento, ii) de ser necesaria la expedición de un acto administrativo para la configuración de la causal, cuando éste se encuentre en firme de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Aplicable, o iii) cuando la ANI notifique al Concesionario la decisión de la que trata la Sección 17.2(d) de esta Parte General".

Por su parte la cláusula 2.5-(a), a la cual remite de manera expresa la transcrita definición de la *"Etapa Preoperativa"* cuya definición se encuentra en el aludido numeral *"1.60",* dispone sobre las diferentes etapas de ejecución del contrato, de conformidad con los siguientes términos:

"2.5 Etapas de Ejecución Contractual

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

"(i) Etapa Preoperativa:

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

"(2) La Fase de Preconstrucción correrá desde la Fecha de Inicio hasta la fecha en que se suscriba el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, a partir de la cual empezará a correr la Fase de Construcción, la cual terminará cuando se suscriba la última de las Actas de Terminación de Unidad Funcional, fecha en la cual terminará la Etapa Preoperativa.

"(3) A la terminación de las Intervenciones de cada Unidad Funcional según los términos establecidos en la Sección 4.10 de esta Parte General, se suscribirá el Acta de Terminación de la Unidad Funcional respectiva.

"(4) Las obligaciones del Concesionario relativas a la Operación y Mantenimiento de aquellas Unidades Funcionales respecto de las cuales se hayan suscrito Acta de Terminación de Unidad Funcional, serán exigibles y estarán sujetas a todas las estipulaciones que en el presente Contrato se establecen para la Etapa de Operación y Mantenimiento en relación con dichas Unidades Funcionales, por lo cual las garantías de cumplimiento en Etapa Preoperativa deberán amparar también las obligaciones de Operación y Mantenimiento de aquellas Unidades Funcionales respecto de las cuales se haya suscrito Acta de Terminación de Unidad Funcional.

"(ii) Etapa de Operación y Mantenimiento:

"(1) Esta etapa iniciará con la suscripción de la última Acta de Terminación de Unidad Funcional y se extenderá hasta la Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento, según esta se regula en la Sección 2.4(c) de esta Parte General.

"(2) Al concluir esta etapa, se inicia la Etapa de Reversión.

"(iii) Etapa de Reversión:

"(1) Esta etapa iniciará una vez concluya la Etapa de Operación y Mantenimiento o se haya declarado la Terminación Anticipada

del Contrato y concluirá con la suscripción del Acta de Reversión.

"(2) En todo caso, la Etapa de Reversión concluirá al vencerse el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión.

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

De esta manera resulta claro, según los apartes contractuales transcritos, que los co-contratantes definieron con claridad las tres (3) diferentes etapas que pueden distinguirse en relación con y/o configurarse durante la ejecución del Contrato en estudio, de tal manera que habrá ***i)*** una ETAPA PREOPERATIVA –integrada por las Fase de Preconstrucción y la Fase de Construcción–; ***ii)*** una ETAPA DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO –la cual se concibe respecto de Unidades Funcionales cuya construcción haya finalizado y que se encuentren en condiciones operativas–, y ***iii)*** ETAPA DE REVERSIÓN.

Ahora bien, en cuanto a través de las mencionadas y reiterativas entre sí PRETENSIONES DECLARATIVA VIGÉSIMA CUARTA y PRIMERA DE CONDENA, la demanda solicita que *"… se ordene la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato",* a lo cual necesariamente se debe añadir que esa específica fórmula de liquidación se encuentra consagrada para los eventos de *"Terminación Anticipada en Etapa de Operación y Mantenimiento",* cuestión que en una primera aproximación al tema permitiría suponer que en el caso que ahora examina y decide el Tribunal, de ninguna manera sería procedente la aplicación de esa fórmula de liquidación, por la sencilla pero potísima razón de que el Contrato de Concesión No. 002 de 2015 no se encuentra en *"Etapa de Operación y Mantenimiento",* dado que la misma únicamente *"… iniciará con la suscripción de la última Acta de Terminación de Unidad Funcional …",* lo cual no se ha dado todavía y, por ello mismo, en el expediente no se encuentra probado que el citado Contrato de Concesión ya hubiere iniciado la referida *"Etapa de Operación y Mantenimiento".*

Esa fue precisamente una de las líneas de argumentación que expuso la defensa, en cuanto la Entidad Estatal Convocada, a través de sus alegaciones finales[163], al

[163] *"**7.10. Los peritos utilizaron la fórmula de liquidación anticipada equivocada aplicable a la etapa de operación y mantenimiento***

"Se debe precisar que el contrato contempla 3 fórmulas para liquidarlo según en la etapa en la que se encuentra, así, el contrato contempla una fórmula para la etapa de preconstruccion, construcción y operación y mantenimiento, de la siguiente forma:
"18.3 Fórmulas de Liquidación del Contrato
"……
"En consecuencia, es apenas lógico que los peritos tuvieran presente al momento de elaborar el dictamen la etapa en la que se encuentra el contrato con el propósito de aplicar la formula pertinente a la terminación anticipada del contrato. Así, se debe precisar que el contrato se encuentra en etapa de construcción, debido a que no se ha suscrito el acta de terminación de todas las unidades funcionales.

cuestionar el dictamen pericial de parte que al proceso aportó la Convocante, consideró que dicha experticia estaba equivocada por haber aplicado la fórmula de liquidación pactada para los eventos en que ocurriere la terminación anticipada del Contrato mientras estuviere en etapa de operación y mantenimiento, lo cual constituiría evidencia suficiente de que los peritos no tuvieron en cuenta que en realidad el Contrato de Concesión No. 002 de 2015 actualmente se encuentra en etapa preoperativa o de construcción.

No obstante lo que se deja señalado, el Tribunal encuentra que si bien es cierto que a la altura de la letra (f) del numeral 18.3 del Contrato de Concesión en estudio las Partes definieron cuál es la fórmula de liquidación que debe aplicarse en aquellos casos en los cuales sobrevenga la *"Terminación Anticipada en Etapa de Operación y Mantenimiento",* no es menos cierto que en otro aparte del mismo Contrato de Concesión No. 002 de 2015, las mismas Partes acordaron también que igualmente habría lugar a la aplicación de la referida fórmula de liquidación contemplada o definida en la letra (f) de la estipulación 18.3, cuando no fuere *"posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv)"* y hubiere lugar a la Terminación Anticipada del Contrato, evento este en el cual no tendrá importancia alguna la etapa o fase en la cual se encontrare el Contrato.

Ciertamente, así reza el numeral (5) del subnumeral (viii) de la letra (h) del numeral 3.4 del Contrato de Concesión No. 002 de 2015:

> *"3.4 Peajes, Derecho de Recaudo e Ingresos por Explotación Comercial*
>
> *"……..*
>
> *"(h) Las reglas a la que se refiere la Sección anterior serán:*
>
> *"……*
>
> *"(viii) Una vez establecida la diferencia a la que hace referencia la Sección 3.4(h)(iv) se procederá a verificar la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos, así:*
>
> *"……...*

"……...
"Sin embargo, de conformidad con lo expuesto en el dictamen financiero elaborado por Bonus, la fórmula utilizada para liquidar el contrato es la correspondiente a la etapa de operación y mantenimiento, así:
"……..
"En ese orden de ideas, toda vez que APP GICA utilizó una fórmula que no es aplicable, debido a que el contrato aún se encuentra en etapa preoperativa o de construcción, el tribunal no debe utilizar los resultados obtenidos en el peritaje para calcular el monto derivado de la "correcta" liquidación terminación anticipada del contrato".

"(5) De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv)[164] anterior, cualquiera de

[164] *"3.4 Peajes, Derecho de Recaudo e Ingresos por Explotación Comercial*
"……..
"(h) Las reglas a la que se refiere la Sección anterior serán:
"(i) No se generará compensación alguna o Compensación por Riesgo a cargo de la ANI —sin perjuicio del eventual reconocimiento del VPIP dentro del Plazo Inicial del Contrato, si es del caso— por cualquiera de las circunstancias descritas en la Sección 3.4(g) durante los primeros noventa (90) Días siguientes:

"(1) Para el evento al que se refiere la Sección 3.4(g)(i): El Día de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional —o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, según corresponda— dentro de la cual el Apéndice Técnico 1 contempla la instalación de la Estación de Peaje no instalada; o
"(2) Para el evento al que se refiere la Sección 3.4(g)(ii): El Día de la instalación o reinstalación de la Estación de Peaje en la nueva ubicación.

"(ii) El cálculo del término aquí previsto será contabilizado de forma independiente para cada Estación de Peaje afectada.
"(iii) Si la situación descrita en la Sección 3.4(g) se mantiene por un término superior a noventa (90) Días, se causará a favor del Concesionario el derecho a la Compensación por Riesgo por el acaecimiento del riesgo de menor Recaudo de Peaje en los términos descritos en las Secciones 3.4(h) y 3.2 de esta Parte General.
"(iv) El Valor del Riesgo Materializado será calculado mensualmente por la Interventoría a partir del Día (91) siguiente a la fecha en que el Apéndice Técnico 1 contemplaba la instalación de la Estación de Peaje tomando como base de cálculo el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1 —determinado de acuerdo con lo establecido en la Sección 3.4(h)(v)— y:
"(1) Para los casos descritos en la Sección 3.4(g)(i): El Día de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional —o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, según corresponda— dentro de la cual el Apéndice Técnico 1 contempla la instalación de la Estación de Peaje no instalada; o
"(2) Para los casos descritos en la Sección 3.4(g)(ii): El Recaudo de Peaje de la Estación de Peaje afectada en dicha Sección.

"(v) Para determinar el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1, con anterioridad al cumplimiento del término indicado en la Sección 3.4(h)(iii), el Concesionario deberá instalar en la ubicación original de la Estación de Peaje afectada, a su entero costo y riesgo, un equipo de conteo de tráfico con las características descritas en el Apéndice Técnico 2. El Interventor verificará y certificará que el equipo de conteo de tráfico es adecuado para los fines previstos y que los conteos hechos corresponden a la realidad del tráfico de vehículos.
"(vi) Del cálculo realizado de acuerdo con la Sección 3.4(h)(iv) se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo o en su modificación correspondiente, suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes al vencimiento mensual de que trata la Sección 3.4(h)(iv) de este Contrato o una vez finalicen los eventos descritos Sección 3.4(g), lo que primero ocurra.
"(vii) En caso de existir diferencias entre las Partes, éstas acudirán al Amigable Componedor para que resuelva la controversia.
"(viii)Una vez establecida la diferencia a la que hace referencia la Sección 3.4(h)(iv) se procederá a verificar la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos, así:
"(1) Suficiencia de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;
"(2) De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;
"(3) De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;
"(4) De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;

> *las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii)*[165]*,* ***que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General,*** *sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral".* (Se deja destacado).

Tal como queda visto, la fórmula de liquidación establecida y pactada en la letra (f) de la Sección 18.3 del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, estará llamada a ser aplicada entonces en dos (2) eventos o hipótesis diferentes, a saber:

a).- Cuando haya lugar a la *"Terminación Anticipada* [del Contrato] *en Etapa de Operación y Mantenimiento",* y

b).- Cuando no sea *"posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv)"* y alguna de las Partes solicite *"la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii)",* tal como lo prevé y lo dispone la transcrita estipulación contenida en el numeral 3.4(h)(viii)(5) del citado Contrato de Concesión, caso este en el cual, si se configura esa hipótesis fáctica, no importará entonces la etapa o fase en la cual estuviere el contrato cuando tuviere ocurrencia su Terminación Anticipada.

Así las cosas, para definir con certeza si en el presente caso resulta viable la aplicación de la comentada fórmula de liquidación que las Partes convinieron en la pluricitada Sección 18.3(f) de su Contrato de Concesión No. 002 de 2015, lo que equivaldría a estimar las referidas PRETENSIONES DECLARATIVA VIGÉSIMA CUARTA y PRIMERA DE CONDENA de la Demanda, sería necesario que se reunieran los siguientes requisitos o elementos, en forma concurrente: ***i)*** que se

---

"(5) De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f)de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral.

"(ix) Calculado el Valor del Riesgo Materializado y determinada la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos de que trata la Sección 3.4(h)(viii) anterior, deberá suscribirse el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo en los términos establecidos en la Sección 3.2. de esta Parte General, y será por cuenta y riesgo del Concesionario la obtención o no de dicho Valor del Riesgo Materializado en las condiciones pactadas en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo.

"(x) Estos recursos así compensados por la ANI, se tendrán en cuenta como parte del Recaudo de Peaje, para todos los efectos previstos en este Contrato, entre ellos –pero sin limitarse– para el cálculo del VPIP".

[165] *"17.2 Causales de Terminación Anticipada del Contrato*
"……..
"(b) Por las siguientes causas no imputables a ninguna de las Partes, en cualquiera de las Etapas del Contrato:
"……
"(iii) Por solicitud de cualquiera de las Partes ante la ocurrencia del evento previsto en las Secciones 3.4(g), 3.4(i), 3.17, 7.4, 8.1(g), y 8.3 de esta Parte General, siempre y cuando los mecanismos de Compensación de que trata la Sección 3.2 resulten insuficientes para compensar el Valor de los Riesgos Materializados".

establezca la existencia de un valor resultante del menor Recaudo de Peaje que deba serle compensado al Concesionario; ***ii)*** que no operen o que no resulten suficientes los mecanismos de compensación establecidos en los numerales 1 a 4 del subnumeral (viii) de la letra (h) del numeral 3.4 del aludido Contrato de Concesión, y ***iii)*** que de manera consecuencial, también haya lugar a despachar favorablemente la pretensión VIGÉSIMA TERCERA DECLARATIVA, la cual se encamina a obtener que "[s]*e declare la Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015".*

De esta manera, el Tribunal se ocupará entonces de examinar y de resolver, una a una, las diferentes pretensiones de la demanda, puesto que será la valoración de cada una de ellas a la luz de los elementos de prueba recaudados y dentro del marco de los parámetros constitucionales, legales y contractuales que hasta ahora se ha desarrollado, en particular en cuanto las pretensiones cuya prosperidad la propia demanda formuló como causales –o su equivalente al estructurarlas como consecuenciales de aquellas– definir si en el presente caso hay lugar a tener por configurados, o no, los requisitos o elementos que acaban de enunciarse.

18.- ANÁLISIS DE CADA PRETENSIÓN DECLARATIVA DE LA DEMANDA

De conformidad con lo anunciado y con apoyo en todo lo expuesto, lo cual incluye el análisis de las disposiciones legales aplicables y los soportes probatorios que se han mencionado, procede el Tribunal a efectuar el examen individual de cada PRETENSIÓN de la Demanda, sin perjuicio del análisis que deberá efectuarse en relación con las EXCEPCIONES propuestas en su defensa por la Entidad Estatal Convocada.

En todo caso, el Tribunal advierte que varias de las pretensiones declarativas de la Parte Convocante, corresponden a aspectos que se desprenden de los acuerdos contractuales, por lo cual, sólo tiene el alcance planeado en la pretensión, porque no requiere de interpretación alguna y se limita a reconocer el contenido literal del Contrato.

18.1.- PRETENSIÓN PRIMERA

La pretensión primera de la demanda arbitral es del siguiente tenor:

> ***"PRIMERA.-*** *Se declare que el Contrato de Concesión 002 de 2015 suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- y APP GICA S.A. de fecha 15 de febrero de 2015, se celebró como culminación de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, presentada el 07 de marzo de 2012 ante la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- por la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA; al amparo de lo normado por la Ley 1508 de 2012 y sus posteriores Decretos Reglamentarios".*

18.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Se indica en la demanda, luego de hacer referencia a la normativa vigente, que surtidos los trámites propios establecidos en la Ley 1508 expedida en 2012 y demás normas complementarias y reglamentarias, se celebró el Contrato de Concesión No. 002 de 2015, como consecuencia de la culminación de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos públicos, formulada el 7 de marzo de 2012 por la entonces Promesa de Sociedad Futura APP GICA S.A.

18.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

En el escrito de contestación de la demanda, presentado de manera oportuna, la Convocada manifestó no tener oposición a la prosperidad de esta súplica, aunque se remitió a los términos del Contrato de Concesión materia de este arbitraje.

18.1.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para el Tribunal hay lugar a acceder a esta pretensión habida consideración que ella se limita a declarar la celebración del Contrato Estatal objeto de este litigio, el cual se encuentra debidamente incorporado al expediente y, además, sobre el particular no existe discusión alguna entre las Partes de este proceso.

18.2.- PRETENSIÓN SEGUNDA

La pretensión segunda es del siguiente tenor:

> ***"SEGUNDA.-*** *Se declare que de conformidad con lo dispuesto por la mencionada Ley 1508 de 2012 y sus posteriores Decretos Reglamentarios la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA, luego de sucedida la Etapa de Prefactibilidad del Proceso de Iniciativa Privada, procedió a surtir la subsiguiente Etapa de Factibilidad; en prosecución de lo cual entregó a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- los estudios e información que desarrollaba los aspectos técnicos,* ***financieros, económicos****, ambientales y legales de la iniciativa en ciernes".*

18.2.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

En la demanda narró la Convocante las diferentes Etapas de Prefactibilidad y Factibilidad surtidas por la entonces Promesa de Sociedad Futura APP GICA S.A. en relación con su Proyecto de Iniciativa Privada al amparo de lo regulado en la Ley 1508 y su Decreto Reglamentario 1467 de 2012. Indicó al respecto que la ANI, mediante Resolución No. 880 del 19 de diciembre de 2012, otorgó o concedió concepto favorable a la Propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos públicos, por lo cual dispuso la iniciación de la Etapa de Factibilidad del Proceso.

En tal virtud, dentro de los términos previstos al efecto, la entonces Promesa de Sociedad Futura APP GICA S.A. presentó a la ANI todos los componentes técnicos, financieros, ambientales y jurídicos necesarios para continuar con el trámite, con arreglo a las normas que regulan la materia.

18.2.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA

El extremo Convocado no presentó oposición a la pretensión y, a modo de aclaración, indicó que la Convocante *"entregó a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- los estudios e información relativa a los aspectos técnicos, financieros, económicos, ambientales y legales de la iniciativa en ciernes",* durante la Etapa de Factibilidad.

18.2.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Revisado el expediente encuentra el Tribunal que, como lo aceptan las Partes, el Contrato de Concesión No. 002 de 2015 fue el resultado del desarrollo y culminación de todas las etapas previas a su celebración, las cuales aparecen contempladas en la Ley 1508 de 2012 y demás normas reglamentarias, cuestión debidamente probada en cuanto durante la Etapa de Factibilidad, en efecto, se entregaron por parte del Originador todos los estudios técnicos, financieros, ambientales y jurídicos exigidos. Por esta razón, el Tribunal considera que esta pretensión se encuentra en condiciones de ser estimada.

18.3.- PRETENSIÓN TERCERA

El texto de la pretensión tercera es el siguiente:

> ***"TERCERA.-*** *Se declare* ***que en tratándose de los aspectos financieros de la propuesta*** *de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos,* ***se entregó el Modelo Financiero*** *que, como su nombre lo indica, desarrollaba todos los aspectos relacionados con las variables económicas del contrato propuesto".*

18.3.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Afirmó la Convocante en su demanda que la entonces Promesa de Sociedad Futura APP GICA, en la Etapa de Factibilidad de la Iniciativa Público Privada, allegó a la ANI el Modelo Financiero mediante Comunicación del 14 de noviembre de 2014. Agregó que en el Modelo Financiero se contempló como la única fuente de retribución del Concesionario el recaudo de peajes y añadió que el referido Modelo Financiero es el *"insumo y/o guía con el que se ejecutan y atienden las obligaciones financieras contempladas en el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015".*

18.3.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA

El extremo Convocado no manifestó oposición a esta pretensión, aunque aclaró que "*el modelo financiero aportado por el Concesionario con su propuesta corresponde a unas estimaciones y supuestos financieros, es decir, que este documento corresponde únicamente a una herramienta que fue utilizada en el proceso de estructuración del proyecto, no fue concertado entre la ANI y el Originador".*

18.3.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Está probado en el expediente que durante la Etapa de Factibilidad se le hizo entrega a la ANI, por parte del hoy Concesionario, del Modelo Financiero[166], mediante Comunicación No. 2014-702-022223-1 de 14 de noviembre de 2014[167], documentos estos aportados junto con la demanda.

Comoquiera que este es un aspecto aceptado por las Partes, para el Tribunal la pretensión en comento tiene vocación de prosperidad, con la precisión de que, al acceder a esta súplica no se estará haciendo pronunciamiento alguno acerca del contenido, alcance y efectos del Modelo Financiero.

18.4.- PRETENSIÓN CUARTA

La pretensión cuarta de la demanda es la siguiente

> ***"CUARTA.-*** *Se declare que el mencionado Modelo Financiero no solamente incorporaba los valores de los factores o conceptos representativos del Capex y del Opex de la iniciativa, sino también las fuentes de financiación con que contaría el Proyecto, provenientes de aportes al equity y de los recursos de crédito otorgados por terceros."*

18.4.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Se indicó en la demanda, haciendo referencia al contenido del Modelo Financiero, que en dicho instrumento se incluyeron los ingresos del proyecto, la estimación de la inversión y los costos de operación y mantenimiento, así como los demás supuestos financieros y estructura de financiamiento, entre otros muchos aspectos relacionados con esta materia.

18.4.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA

No expresó oposición alguna a esta pretensión; simplemente, reiteró la aclaración ya realizada con ocasión de la pretensión tercera, en cuanto a que el Modelo

[166] **Ubicación en el expediente virtual:** 136972 > 02_PRUEBAS > PRUEBAS No 1 DEMANDA > 18_15_Copia_Modelo_Financiero_del_Proyecto_presentado_en_Etapa_de_Factibilidad

[167] **Ubicación en el expediente virtual**: 136972 > 02_PRUEBAS > PRUEBAS No 1 DEMANDA > 10_Copia_ANI_de_Salida_No_2014_702_022223_1.pdf

Financiero es un instrumento del Concesionario utilizado para la estructuración del proyecto, pero que no fue concertado ni acordado con la ANI.

18.4.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como ya se dijo, obra en el expediente el Modelo Financiero entregado a la ANI en la Etapa de Factibilidad mediante Comunicación No. 2014-702-022223-1 de 14 de noviembre de 2014[168] y, en efecto, en dicho documento de Excel aparece tanto la descripción de los elementos que integran el OPEX, el CAPEX, así como las diversas fuentes de financiamiento y retribución del proyecto, motivo por el cual, sin hacer consideraciones adicionales ni valoraciones, el Tribunal estima viable la posibilidad de acceder a esta pretensión.

18.5.- PRETENSIÓN QUINTA

La pretensión quinta es del siguiente tenor:

> ***"QUINTA.-*** *Se declare que el Modelo Financiero de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, también contemplaba el monto del VPIP, esto es, la retribución o compensación que el Proponente recibiría como contraprestación por la ejecución de las actividades y obras conformantes del objeto de la Iniciativa propuesta".*

18.5.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Haciendo referencia al contenido del Modelo Financiero, y a la Comunicación No. 2014-702-022223-1 de 14 de noviembre de 2014, a la que ya se ha hecho mención, se indicó en la demanda que dentro del Modelo Financiero se incluyó la retribución o compensación que el entonces Proponente recibiría por la ejecución del Proyecto, con la precisión de que para el desarrollo de esta iniciativa privada no se requería del desembolso de recursos públicos.

18.5.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

Al igual que las últimas dos pretensiones, la Convocada, sin presentar oposición, simplemente aclaró que el Modelo Financiero corresponde a una herramienta del Concesionario que no fue acordada ni convenida con la ANI.

18.5.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Habida cuenta de que las Partes están de acuerdo que en el Modelo Financiero se incluyó el VPIP y así efectivamente consta en el documento aportado al proceso, el Tribunal considera que es viable acceder a este pedimento.

[168] Ibidem

18.6.- PRETENSIÓN SEXTA

El texto de la pretensión sexta de la demanda es el siguiente:

> ***"SEXTA.-*** *Se declare que el VPIP demandado por el Proponente y finalmente convenido entre Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- y la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA,* ***sería cubierto mediante la cesión del derecho al recaudo de las tarifas de peaje que se recolectarían en las Estaciones de Peaje de Cocora, Chicoral y Gualanday y posteriormente resultarían fijadas por el Ministerio de Transporte mediante la Resolución 0000175 de 2015****, la cual formó parte integral del Contrato 002 de 2015 y representa la fuente esencial e integral de la contraprestación reconocida en favor de APP GICA S.A.".*

18.6.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Se indicó en la demanda que la única fuente de retribución del Concesionario, tenida en cuenta en el Modelo Financiero, es el recaudo de peajes, que se realizaría cumplidas las condiciones establecidas en la Parte Especial del Contrato de Concesión.

18.6.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

No se presentó oposición alguna a esta pretensión por parte de la Convocada.

18.6.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal considera que cabe estimar esta pretensión, no solamente por la ausencia de controversia entre las Partes sobre este particular, sino porque está acreditado, tanto con lo establecido en la Parte General del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, como en su Parte Especial, que el VPIP se cubriría mediante la cesión del recaudo de peajes del Proyecto, en la forma y términos contractualmente acordados.

18.7.- PRETENSIÓN SÉPTIMA

La pretensión séptima formulada por la Convocante es la siguiente:

> ***"SÉPTIMA.-*** *Se declare que mediante la Parte Especial y los Otrosíes 1 y 3 al Contrato de Concesión 002 de 2015, la Entidad Concedente y la Concesionaria convinieron la construcción, dotación y puesta en operación de una Caseta de Control de Peaje Cocora que se ubicaría entre el Pr73+375 de la Vía Ibagué–Cajamarca (Ruta 4003) y representaría un punto de recaudo de las tarifas de peaje vigentes de mano de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA- que transitasen en el*

sentido Ibagué–Cajamarca mediante el uso de la vía entre el Combeima y Cocora, perteneciente a la Unidad Funcional 1 de la segunda calzada Ibagué–Cajamarca y aquellos que se desplazasen en el sentido Cajamarca–Ibagué mediante el uso de la vía nacional existente Ibagué–Cajamarca (Ruta 4003)".

18.7.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Luego de hacer referencia a la estructura financiera del proyecto y a la existencia de las tres (3) Casetas de Peaje (Gualanday, Chicoral y Cocora), así como a otros aspectos relacionados con la materia, se indicó en la demanda que mediante el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión, se acordó instalar una Caseta de Control adicional a la nueva Estación de Peaje Cocora y garantizar de esa forma el recaudo y evitar la elusión del peaje en el tramo Coello Cocora – Boquerón de la vía existente.

Específicamente, se indicó que en la Cláusula Tercera del Otrosí No. 1 se acordó que *"Adicionalmente la Concesionaria instalará a su cuenta y riesgo una caseta de control de peaje en la vía existe dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y que deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos".*

Igualmente, hizo referencia al contenido del Otrosí No. 3 en punto de la instalación de la Caseta de Control de Peaje y señaló que el objetivo perseguido por las Partes con su instalación fue prever posibles consecuencias derivadas de la elusión por la decisión de los usuarios de transitar por la vía existente.

18.7.2.- POSICIÓN DE LA CONVOCADA

Se opuso a la prosperidad de la pretensión y para el efecto hizo referencia expresa a los Otrosíes No. 1 y 3 del Contrato de Concesión, para indicar que, *"si bien es cierto que en la ubicación relacionada se instalaría una estación de control, no es cierto que el recaudo ingresaría al VPIP, por cuanto las partes pactaron que el recaudo correspondería a recursos de la Agencia de acuerdo con lo señalado en la citada Cláusula Tercera del Otrosí No. 3 del Contrato 002 de 2015 y por tanto, esta pretensión debe ser negada por el H. Tribunal".*

18.7.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En la Cláusula 4.2. (a) de la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, se previó no solamente la instalación del Peaje Cócora, sino también la de la correspondiente Caseta de Control, en los siguientes términos:

"4.2 Estructura Tarifaria

"(a) Para efectos de lo dispuesto en la Sección 1.138 de la Parte General, y de acuerdo con lo establecido por la Resolución No.

> *0000175 del 6 de febrero de 2015, la estructura tarifaria que regirá el Proyecto estará compuesta por las siguientes tarifas:*
>
> *"i. Una vez se terminen las obras de la Unidad Funcional 1 o cuando se cumplan los supuestos del numeral 3.7 de esta Parte Especial, se instalará el peaje de Cocora y una caseta de control. Las tarifas iniciales de estos peajes, expresadas en pesos de Mes de Referencia, serán las siguientes:*
>
> *"(…)".*

En el Otrosí No. 1 de fecha 6 de octubre de 2016, específicamente en su Cláusula Tercera, las Partes concretaron la instalación de la Caseta de Control de Peaje de la siguiente forma:

> ***"CLÁUSULA TERCERA. INSTALACIÓN NUEVA CASETA DE PEAJE y PESAJE "COCORA".*** *La instalación de la estación de peaje y pesaje de Cocora en sentido Ibagué-Cajamarca iniciará su operación una vez se suscriba el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1. La estación de peaje y pesaje en sentido Cajamarca-Ibagué será instalada e iniciará su operación una vez se termine la UF2 y se suscriba Acta de Terminación de esta UF.* ***Adicionalmente el Concesionario instalará a su cuenta y riesgo una caseta de control de peaje en la vía existe dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y que deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos".*** (Negrillas fuera del texto original)

En el Numeral 14 del acápite de consideraciones de dicho Otrosí No. 1, se señaló lo siguiente en relación con la construcción e instalación de la Caseta de Control:

> *"14. Con el fin de garantizar el recaudo y evitar la elusión de peaje en el tramo Coello Cocora — Boquerón de la vía existente, el Concesionario deberá instalar a su cuenta y riesgo una caseta de control adicional a la nueva Estación de Peaje Cocora, que iniciará su operación una vez se termine la UF2. Dicha caseta deberá ubicarse dentro de los PRs establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 20154 la cual de ser necesario se modificará y deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos".*

De otra parte y según ya se ha destacado, en el Otrosí No. 3 de fecha 23 de agosto de 2019 al Contrato de Concesión No. 002 de 2015, concretamente en la Cláusula Tercera, se decidió modificar la Cláusula Tercera del Otrosí No. 1 del 6 de octubre de 2016, de la siguiente manera:

"CLÁUSULA TERCERA. Modificar la Cláusula Tercera del Otrosí No. 1 de 6 de octubre de 2016, la cual quedará así:

"CLÁUSULA TERCERA. INSTALACIÓN NUEVA CASETA DE PEAJE Y PESAJE "COCORA". *La estación de peaje de Cocora en sentido Ibagué-Cajamarca iniciará su operación una vez se suscriba el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1. La Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué será instalada el 1 de enero de 2022 a la terminación de las obras correspondientes a la calzada derecha, e iniciará el Recaudo de las Tarifas de Peaje a partir de esa fecha.* ***PARÁGRAFO PRIMERO: EL CONCESIONARIO*** *instalará a su cuenta y riesgo el 1° de enero de 2022 una caseta de control de peaje en la vía existente dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO: LA AGENCIA*** *reconocerá AL CONCESIONARIO el 6% más IVA del valor total del recaudo mensual por concepto de actividades de administración de la Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, entre la fecha de instalación de esa Estación de Peaje, esto es, 1° de enero de 2022, y el 14 de abril de 2024, fecha de terminación de la Unidad Funcional 2.* ***PARÁGRAFO TERCERO:*** *En el caso en que se de algún incumplimiento en las actividades de la administración de la estación de peaje en el sentido Cajamarca - Ibagué, para el periodo indicado, la Interventoría iniciará el período de cura establecido en el Contrato de Concesión para ser corregido o subsanado. Dicho plazo de cura no podrá ser superior a tres (3) Días. En caso de persistir el incumplimiento,* ***LA AGENCIA*** *hará un descuento del 10% del valor mensual que se reconocerá por esta actividad, esto es, sobre el 6% más IVA del valor total del recaudo mensual por concepto de actividades de administración de la Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, entre la fecha de instalación de esa Estación de Peaje y la fecha de terminación de la Unidad Funcional 2, los cuales se consignaran en la Subcuenta Excedentes ANI.* ***PARÁGRAFO CUARTO****: A partir del 1 de enero de 2022, fecha de inicio anticipado de la operación de la calzada derecha, las taritas a implementar en la Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca- Ibagué serán las establecidas en la Resolución No. 17o del o de febrero de 2015 más el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia del cobro de dichas tarifas de conformidad con lo dispuesto en la citada resolución".*

En la Cláusula Cuarta del referido Otrosí No. 3 se acordó que los dineros correspondientes al recaudo del Peaje en la Estación de Cocora sentido Cajamarca – Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control, entre el 1º de enero de 2022 y el 14 de abril de 2024 (fecha de terminación de la Unidad Funcional 2), no se destinarían a la retribución del Concesionario, esto es, no harían parte del VPIP previsto en la Parte Especial del Contrato de Concesión y tales dineros se destinarían a la Subcuenta de Excedentes de la Cuenta ANI del Proyecto, con la precisión de que en ese período al Concesionario se le reconocería un equivalente al 6%, más IVA, del recaudo mensual por las actividades propias de administración.

Al respecto, se recuerda que, en la Cláusula Cuarta, las Partes estipularon lo siguiente:

> ***"CLÁUSULA CUARTA. EL CONCESIONARIO*** *depositará el recaudo de peaje obtenido entre el 1° de enero de 2022 y el 14 de abril de 2024 en la Estación de Peaje y Pesaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, previo descuento del 6% más IVA del valor total de este recaudo mensual, en la Subcuenta Cajamarca-Ibagué peaje Cocora, que será creada para tal efecto dentro de la Subcuenta de Excedentes ANI previa instrucción de* ***LA AGENCIA*** *a la Fiduciaria y se sujetará a las reglas previstas en el Contrato de Concesión APP No. 002 de 2015 para dicha subcuenta. PARAGRAFO: el recaudo de peaje obtenido entre el 1° de enero de 2022 y el 14 de abril de 2024 en la Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, no hará parte del VPIP previsto en el Contrato de Concesión APP No. 002 de 2015 ni de la Retribución del Concesionario".*

En consecuencia, con las anteriores precisiones y de acuerdo con lo pactado, para el Tribunal hay lugar a acceder a la pretensión y, por consiguiente, a declarar que las Partes previeron la instalación, por cuenta y riesgo del Concesionario, el 1º de enero de 2022, de una Caseta de Control de Peaje en la vía existente, dentro de los "PR" establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015, la cual, de ser necesario, debería ser modificada, Caseta de Control que debía cumplir todas las especificaciones previstas en los documentos contractuales respectivos a los que ya se ha hecho referencia.

Igualmente, hay lugar a precisar que, de conformidad con lo acordado en el Otrosí No. 3, el recaudo de la Estación de Peaje y Pesaje Cocora en sentido Cajamarca – Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control, no haría parte del VPIP previsto en el Contrato de Concesión ni de la retribución del Concesionario, con la limitación temporal establecida en el parágrafo de la ya citada Cláusula Cuarta, esto es, entre el 1º de enero de 2022 (instalación del peaje) y el 14 de abril de 2024 (fecha de terminación de la unidad funcional 2).

18.8.- PRETENSIÓN OCTAVA

La pretensión octava dice así:

> ***"OCTAVA.-*** *Se declare que los recaudos por concepto de tarifas de peaje que se recibiesen de manos de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA- que transitasen en el sentido Ibagué–Cajamarca mediante el uso de la vía entre el Combeima y Cocora, perteneciente a la Unidad Funcional 1 de la segunda calzada Ibagué – Cajamarca* ***pertenecerían a APP GICA S.A.*** *como parte que serían del VPIP convenido".*

18.8.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Para sustentar esta pretensión, adujo la Convocante que de acuerdo con lo establecido en la Resolución 0175 de 2015 y en el Contrato de Concesión, el recaudo de las tarifas de peaje correspondiente a los usuarios del sistema concesionado en el sentido Ibagué – Cajamarca, a través de la vía entre el Combeima y Cocora, pertenecería a la Concesionaria y haría parte integral del VPIP.

18.8.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La ANI no manifestó oposición a esta pretensión.

18.8.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para el Tribunal debería prosperar esta pretensión, comoquiera que, además de no existir oposición de la Convocada, así se desprende de lo previsto tanto en la parte General como en la parte Especial del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, en concordancia con lo previsto en el Anexo Técnico 1.

18.9.- PRETENSIÓN NOVENA

La pretensión novena de la demanda arbitral es la siguiente:

> ***"NOVENA.-*** *Se declare que los recaudos por concepto de tarifas de peaje que se recibiesen de manos de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA– que transitasen en el sentido Cajamarca – Ibagué mediante el uso de la vía nacional existente Ibagué – Cajamarca (Ruta 4003) pertenecerían a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y no harían parte del VPIP".*

18.9.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Para sustentar esta pretensión, adujo la Convocante que de acuerdo con lo establecido en la Resolución 0175 de 2015 y en el Contrato de Concesión, el

recaudo de las tarifas de peaje correspondiente a los usuarios del sistema concesionado en el sentido Cajamarca – Ibagué, a través de la vía nacional existente (identificada como Ruta 4003), pertenecería a la Concesionaria y haría parte integral del VPIP.

18.9.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada no expresó oposición alguna a esta pretensión.

18.9.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para el Tribunal hay suficientes elementos para acceder a esta pretensión, comoquiera que, además de no existir oposición de la Convocada, así se desprende de lo previsto tanto en la parte General como en la parte Especial del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, en concordancia con lo previsto en el Anexo Técnico 1.

18.10.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA

El texto de la pretensión décima es el siguiente:

> ***"DÉCIMA.-*** *Se declare que la Estructura Financiera de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, que se refleja en el Modelo Financiero presentado por la Promesa de Sociedad Futura APP GICA, finalmente convenido entre las Partes y adoptado como elemento integral del Contrato 002 de 2015,* ***no contemplaba la creación o adopción de tarifas diferenciales o de exenciones en favor de ningún grupo de potenciales usuarios del Sistema Vial GICA, objeto del Contrato 002 de 2015****."*

18.10.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Señaló la Convocante que el Modelo Financiero entregado por el Concesionario y que hace parte integral del Contrato de Concesión, únicamente contempló los ingresos derivados del recaudo de las tarifas de peaje en las estaciones de Chicoral, Gualanday y Cocora, pero no incorporó ni contempló la adopción de tarifas diferenciales o la creación de nuevas exenciones al pago del peaje, por lo que, de presentarse estas circunstancias (o alguna de ellas), se configuraría una grave afectación de la estructura tarifaria contractualmente pactada.

18.10.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La ANI no se opuso a la prosperidad de esta pretensión.

18.10.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Revisado el Modelo Financiero aportado al expediente, encuentra el Tribunal que, en efecto, allí no se contempló la adopción de tarifas diferenciales ni la creación de nuevas exenciones de pago, por lo que habría lugar a acceder a esta pretensión, con la precisión de que en el Contrato sí se previó esta circunstancia, específicamente en la Cláusula 13.3 (e), al constituir un riesgo asignado a la ANI, consistente en los *"efectos desfavorables de modificaciones a las tarifas previstas en la Resolución de Peaje, la implementación de tarifas diferenciales en las Estaciones de Peaje existentes y/o nuevas Estaciones de Peaje, en las vías que hacen parte del Proyecto o, en general, cualquier cambio en la estructura tarifaria prevista en la Resolución de Peaje",* evento en el cual debe acudirse a los mecanismos de compensación de riesgos negocialmente pactados.

18.11.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA PRIMERA

Esa pretensión se formuló en los siguientes términos:

> ***"DÉCIMA PRIMERA.-*** *Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– no permitió construir y poner en funcionamiento la Caseta de Control de Peaje Cocora y, por ende, impidió cobrar las Tarifas de Peaje reguladas por la Resolución 0000175 de 2015 a los grupos de usuarios a los que se refieren las pretensiones* ***OCTAVA*** *y* ***NOVENA*** *y que, al así disponerlo incumplió con lo acordado a términos de la Parte Especial del Contrato de Concesión y los Otrosíes 1 y 3 al Contrato 002 de 2015".*

18.11.1.- POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Se indicó en la demanda, luego de hacer referencia a lo pactado en los Otrosíes 1 y 3 en relación con la instalación de la Caseta de Control de Peaje, que por manifestaciones escritas y habladas ante los medios de comunicación y ante la comunidad por parte de funcionarios de la ANI, que se ha puesto en riesgo el cobro de las tarifas de peaje no solamente de la nueva Caseta de Peaje Cocora, sino también de la Caseta de Control.

Se indicó que la Concesionaria *"instaló la Estación de Peaje 'Cocora' para que operase como recaudadora de las tarifas de peaje de los usuarios que transiten por sobre la Unidad Funcional 1 Ibagué – Cajamarca",* pero no ocurrió lo mismo con la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control de Peaje, la cual, según se indica a lo largo de la demanda, tenía como propósito recaudar las tarifas de peaje de los usuarios que transitaran por el antiguo Tramo 5 del Proyecto GICA en el sentido Cajamarca – Ibagué y aquellos que utilizaran el mismo segmento vial en el sentido Ibagué – Cajamarca, toda vez que la ANI se opuso a su instalación, como puede verse, entre otras comunicaciones, en la Comunicación No. 20213050347391 de fecha 5 de noviembre de 2021.

Adujo adicionalmente la Convocante que la ANI de manera verbal *"instruyó a la Concesionaria en el sentido de que debía abstenerse de poner en operación la*

Caseta de Control de Peaje y por ende de recaudar las tarifas de peaje para los usuarios que transitasen por el tantas veces citado Tramo 5 en los sentidos Ibagué – Cajamarca y Cajamarca – Ibagué".

18.11.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

Se opuso a la prosperidad de esta pretensión y para ello indicó que la ANI en múltiples oportunidades le ha requerido al Concesionario el suministro de los insumos necesarios para adelantar ante el Ministerio de Transporte los trámites tendientes a modificar la Resolución No. 0175 de 2015 del Ministerio de Transporte, sin que se haya recibido respuesta positiva sobre el particular.

Insistió en que la ANI ha sido consistente en señalarle a la Convocante que aún no están dadas las condiciones pactadas contractualmente para la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control de Peaje Cocora.

18.11.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Anota el Tribunal que se encuentra probado, como se señaló en apartes anteriores de este Laudo, que desde la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 002 de 2015 se previó la construcción de la Caseta de Peaje Cocora y de la respectiva Caseta de Control, pero sólo hasta el Otrosí No. 1 de fecha 6 de octubre de 2016 las Partes concretaron y precisaron la construcción y puesta en operación de dicha Caseta de Control.

En efecto, en el mencionado Otrosí No. 1 del 6 de octubre de 2016 al Contrato de Concesión No. 002 de 2015, en las consideraciones relacionadas con la operación y mantenimiento anticipado del corredor existente *"Ibagué-Girardot-Cajamarca",* se recuerda lo contemplado en la Sección 3.7 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, en la cual se dispuso que el Proyecto contaría con tres (3) estaciones de Peaje (dos existentes y una nueva), las cuales se convino entregar o instalar así: ***(i)*** Las Estaciones de Peaje del sistema vial existente Girardot – Ibagué – Cajamarca se entregarán por la ANI al Concesionario como parte de la infraestructura, una vez ocurra la reversión efectiva del Contrato de Concesión No 007 de 2007; ***(ii)*** la fecha estimada para la entrega de las Estaciones de Peaje Gualanday y Chicoral sería para el 1° de febrero de 2025; y, ***(iii)*** la nueva Estación de Peaje de Cocora será instalada por el Concesionario de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Apéndice Técnico 1 y su recaudo comenzaría a efectuarse al día siguiente de la firma del Acta de Terminación de la respectiva Unidad Funcional 1.

Por su parte, en el Numeral 12 de las mismas consideraciones (página 17 del Otrosí No. 1), se reiteró que a partir del 1°de febrero de 2025 se estima la fecha de entrega por parte de la ANI al Concesionario de los Peajes existentes de Gualanday y Chicoral hasta el fin de la concesión y que la retribución para cada Unidad Funcional dependería del incremento de tarifas y del cobro en doble sentido de la nueva Estación de Peaje Cocora.

A continuación, en el Numeral 14 de las citadas consideraciones del Otrosí No. 1 de 2016 (página 18) se dispuso que con el fin de garantizar el recaudo y evitar la elusión de Peaje en el Tramo Coello Cocora – Boquerón de la vía existente, el Concesionario debería instalar a su cuenta y riesgo una Caseta de Control adicional a la nueva Estación de Peaje Cocora, que iniciará su operación una vez se termine la Unidad Funcional 2. Dicha Caseta debería ubicarse dentro de los Pr(s) establecidos en la Resolución No. 0175 del 6 de febrero de 2015.

El Numeral 14 de las Consideraciones del Otrosí No. 1 es del siguiente tenor:

> *"14.- Con el fin de garantizar el recaudo y evitar la elusión de peaje en el tramo Coello Cocora — Boquerón de la vía existente, el Concesionario deberá instalar a su cuenta y riesgo una caseta de control adicional a la nueva Estación de Peaje Cocora, que iniciará su operación una vez se termine la UF2. Dicha caseta deberá ubicarse dentro de los PRs establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 20154 la cual de ser necesario se modificará y deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos".*

Con base en lo anterior, en el parágrafo de la Cláusula Segunda del citado Otrosí No. 1, se acordó que la construcción de la Doble Calzada – Variante Boquerón, iniciaría con las obras de la calzada izquierda, la cual hace parte del cronograma de la Unidad Funcional 1, y operaría en sentido Ibagué – Cajamarca. Igualmente, se indicó que las obras de la calzada derecha harán parte de la Unidad Funcional 2 y se construiría con el cronograma de esta Unidad Funcional y que una vez se terminara la construcción de la calzada derecha, se invertirían los sentidos de ambas calzadas, es decir, la calzada derecha operará en sentido Ibagué – Cajamarca y la calzada izquierda operará en sentido Cajamarca – Ibagué.

Establecido lo anterior, como ya se indicó, las Partes pactaron, lo que se dejó transcrito, en la Cláusula Tercera del Otrosí No. 1[169], así como suscribieron el Otrosí No. 3 del 23 de agosto de 2019 al Contrato de Concesión No. 002 de 2015, mediante la cual modificaron algunas cláusulas del Otrosí No. 1 del 6 de octubre de 2016, dentro de las cuales, tal como ya se indicó, se encuentra la Cláusula Segunda del Otrosí No. 1, en la forma que aparece plasmada en la Cláusula Primera del Otrosí No. 3[170].

---

[169] ***"CLÁUSULA TERCERA. INSTALACIÓN NUEVA CASETA DE PEAJE y PESAJE "COCORA"****. La instalación de la estación de peaje y pesaje de Cocora en sentido Ibagué-Cajamarca iniciará su operación una vez se suscriba el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1. La estación de peaje y pesaje en sentido Cajamarca-Ibagué será instalada e iniciará su operación una vez se termine la UF2 y se suscriba Acta de Terminación de esta UF.* ***Adicionalmente el Concesionario instalará a su cuenta y riesgo una caseta de control de peaje en la vía existe dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y que deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos.****"* (Negrillas fuera del texto original)

[170] *"****CLÁUSULA PRIMERA.*** *Modificar la Cláusula Segunda del Otrosí No. 1 de 6 de octubre de 2016, la cual quedará así:*
*"****CLÁUSULA SEGUNDA. PLAZO DE CONSTRUCCIÓN SUBSECTORES 2 Y 3.*** *Para la ejecución de las obras objeto de este otrosí* ***El CONCESIONARIO*** *ajustará el plan de obras vigente no*

A renglón seguido, en la Cláusula Segunda del referido Otrosí No. 3, se previó que una vez que se construyera la calzada derecha, la ANI y el Concesionario, previo el cumplimiento de los requisitos contractuales, suscribirían un documento denominado *"Acta de puesta en servicio anticipado"* con el fin de ponerla en servicio.

Se destaca que, en el Parágrafo Tercero de la citada Cláusula, se dispuso que si el Concesionario incumplía con los indicadores para la actividad de administración de la Estación de Peaje en sentido Cajamarca – Ibagué para el periodo indicado, la ANI podría descontar, previa verificación del Interventor, hasta el 10% del valor mensual que se reconoce por esta actividad, esto es, sobre el 6% más IVA del valor total del recaudo mensual por actividades de administración de la Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la caseta de control en ese sentido, entre la fecha de instalación de esa Estación de Peaje y la fecha de terminación de la Unidad Funcional 2, al cual se refiere la Cláusula Tercera y, además, mediante esa misma Cláusula Tercera[171] se decidió modificar la Cláusula Tercera del Otrosí No. 1 del 6 de octubre de 2016.

El anterior recuento le sirve de apoyo al Tribunal para concluir que las Partes acordaron la construcción de la Caseta de Control de Peaje Cocora, pero mientras que en el Otrosí No. 1 se pactó que dicha Caseta de Control se construiría una vez se instalara e iniciara la operación de la Estación de Peaje a la terminación de la Unidad Funcional 2 y a la suscripción del Acta de Terminación correspondiente a dicha Unidad Funcional, **en el Otrosí No. 3 se acordó una fecha específica, cierta**

---

objetado por la interventoría del proyecto sin que se altere el plazo de la etapa de Construcción para el Contrato de Concesión APP No. 002 de 2015, el cual está sujeto a la supervisión de la Interventoría del proyecto y de ***LA AGENCIA****, en los términos contenidos en el Contrato de Concesión.* ***PARÁGRAFO PRIMERO:*** *la construcción de la Doble Calzada - Variante Boquerón, iniciará con las obras de la calzada izquierda la cual hace parte del cronograma de la UF1 y operará en sentido Ibagué-Cajamarca. Las obras de los Subsectores 2 y 3 de la calzada derecha harán parte de la UF2 y se construirán con el cronograma de la UF2.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO****:* ***EL CONCESIONARIO*** *ajustara su Plan de Obras para que las obras de la calzada derecha inicien el 15 de abril de 2020 y terminen a más tardar el 31 de diciembre de 2021. Una vez se termine la construcción de la calzada derecha, esta operará en sentido Ibagué-Cajamarca y la calzada izquierda operará en sentido Cajamarca-Ibagué".*

[171] ***"CLÁUSULA TERCERA.*** *Modificar la Cláusula Tercera del Otrosí número 1 de 6 de octubre de 2016, la cual quedará así:*

CLÁUSULA TERCERA. ***INSTALACIÓN NUEVA CASETA DE PEAJE Y PESAJE "COCORA".*** *La estación de peaje de Cocora en sentido Ibagué-Cajamarca iniciará su operación una vez suscriba se el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1. La Estación de peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué será instalada el 1 de enero de 2022 a la terminación de las obras correspondientes a la calzada derecha, e iniciará el Recaudo de las Tarifas de Peaje a partir de esa fecha.* ***PARÁGRAFO PRIMERO: EL CONCESIONARIO instalará a su cuenta y riesgo el 1° de enero de 2022 una caseta de control de peaje en la vía existente dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos.*** ***PARÁGRAFO SEGUNDO*****:** ***LA AGENCIA*** *reconocerá al* ***CONCESIONARIO*** *el 6% más IVA del valor total del recaudo mensual por concepto de actividades de administración de la Estación de Peaje Cocora en sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, entre la fecha de instalación de esa Estación de Peaje, esto es, 1° de enero de 2022, y el 14 de abril de 2024".* **(Negrilla y subrayado fuera del texto original).**

y concreta para tal efecto, esto es, el 1º de enero de 2022, de tal manera que su recaudo debió iniciar en esa oportunidad.

Precisamente en cumplimiento de lo acordado, mediante Comunicación No. APP-GICA-BG-2021-1394 de fecha 3 de noviembre de 2021[172], la Concesionaria le informó a la ANI el inicio de actividades tendientes a la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control Cocora, así:

> *"Con el fin de cumplir con la obligación de poner a disposición la caseta de control Cocora, en la oportunidad prevista en el Otrosí N° 3 del Contrato de Concesión, informamos que, a partir del 8 de noviembre de 2021, daremos inicio a las actividades requeridas para su construcción y puesta en operación."*

Por su parte la hoy Convocada ANI, mediante Comunicación No. 20213050347391 de fecha 5 de noviembre de 2021[173], en respuesta a la anterior misiva, le indicó al Concesionario*:*

> *"En virtud de lo anterior, esta Agencia no comparte la lectura que da el concesionario a la obligación de la puesta en operación de la caseta de control para el 1º de enero de 2022, toda vez que no se ha cumplido la condición concomitante a la que se hace referencia en los documentos de soporte del Otrosí No 3 (Comunicación con radicado ANI 20194090641072 del 21 de junio de 2019) de terminación de las obras de la calzada derecha de los tramos 2 y 3, condición que de acuerdo al Plan de obras actual se debe cumplir el 9 de marzo de 2022; así mismo existe la otra restricción de recibo del corredor existente (UF3), la cual, se tiene proyectada para el 24 de marzo de 2022, fecha en la cual el Contrato de Concesión No 002 de 2015 recibirá el corredor que actualmente opera el Contrato de Concesión No 007 de 2007 que, entre otras cosas, hace parte el tramo en el cual se debe instalar la caseta de control".*

Posteriormente, mediante Comunicación No. APP-GICA-BG-2022-0421 de 11 de abril de 2022[174], la Concesionaria le insistió a la ANI acerca del inicio de la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control Cocora, de la siguiente manera:

> *"Como es de conocimiento de Ustedes, de conformidad con lo estipulado en el Contrato No. 002 de 2015 y sus Otrosíes, con*

[172] **Ubicación en el expediente virtual:** 136972 > 02_PRUEBAS > PRUEBAS No 1 DEMANDA > 33_29__Copia_comunicacion_No__APP_GICA_BG_2021_1394

[173] **Ubicación en el expediente virtual:** 136972 > 02_PRUEBAS > PRUEBAS No 1 DEMANDA > 35_30__Copia_comunicacion_No__20213050347391

[174] **Ubicación en el expediente virtual:** 136972 > 02_PRUEBAS > PRUEBAS No 1 DEMANDA > 37_32__Copia_comunicacion_No__APP_GICA_BG_2022_0421

> *los propósitos esenciales de: (i) evitar la elusión en el pago del Peaje de Cocora por los usuarios de la Segunda Calzada (UF1) del Proyecto GICA que transiten en el sentido Ibagué – Cajamarca y (ii) de detectar la actitud de las comunidades y usuarios afectos al Proyecto en frente del recaudo de las tarifas de peaje en el sentido Cajamarca – Ibagué, se acordó entre la Entidad Concedente y la Concesionaria construir y poner en funcionamiento una Caseta de Control, la cual debe entrar a operar a partir del día en que se produzca la entrega de las segundas calzadas de los Subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 11.*
>
> *"Entonces, dado que las aludidas segundas calzadas serán puestas a disposición de la Interventoría el 18 de junio del presente año, nos permitimos informar que una vez culminada la verificación de las intervenciones, procederemos al cobro y recaudo de las tarifas de peaje señaladas por la Resolución No. 0000175 de 2015 del Ministerio de Transporte.*
>
> *"Es de advertir que, según lo contractualmente convenido, los ingresos derivados del recaudo de las tarifas de manos de los usuarios que transiten en el sentido Ibagué – Cajamarca corresponderán a APP GICA S.A. y los que se recauden de manos de los usuarios que transiten en el sentido Cajamarca – Ibagué, corresponderán a la ANI y no hará parte del VPIP previsto en el contrato de concesión APP No. 002 de 2015 ni de la retribución del Concesionario".*

Así mismo, mediante Comunicación APP-GICA-BG-2022-0700 del 23 de mayo de 2022[175], la Concesionaria nuevamente le anunció a la ANI la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control Cocora:

> *"Tal como se manifestó en el oficio APP-GICA-BG-2022-0421 de fecha 11 de abril de 2022 radicado en la ANI bajo No. 20224090409352, de conformidad con lo estipulado en el Contrato No. 002 de 2015 y sus Otrosíes, que contemplan la instalación de una Caseta de Control para el Peaje Cocora, una vez sean puestas a disposición las intervenciones de los Subsectores 2 y 3 de la Calzada Derecha; dado que las aludidas segundas calzadas serán puestas a disposición el próximo 4 de julio, iniciaremos de manera inmediata la construcción de esta Caseta de Control, a efectos de evitar la elusión en el pago del Peaje Cocora por los usuarios que hacen uso de la segunda calzada correspondiente a la Unidad Funcional 1 (Sentido*

[175] **Ubicación en el expediente virtual:** 136972 > 02_PRUEBAS > PRUEBAS No 1 DEMANDA > 64_57__Copia_APP_GICA_BG_2022_0700_INICIO_CONSTRUCCION_Y_POSTERIOR_OPERACION_CASETA_DE_CONTROL_PEAJE_COCORA

> *Ibagué – Cajamarca) y de las segundas calzadas de los Subsectores 2 y 3 de la Calzada Derecha sentido Cajamarca – Ibagué; para que una vez culminado el procedimiento de verificación de las intervenciones por parte de la Interventoría, se proceda con el cobro y recaudo de las tarifas de peaje señaladas por la Resolución No. 0000175 de 2015 del Ministerio de Transporte.*
>
> *"Es de advertir que, según lo contractualmente convenido, los ingresos derivados del recaudo de las tarifas de manos de los usuarios que transiten en el sentido Ibagué – Cajamarca corresponderán a APP GICA S.A. y los que se recauden de manos de los usuarios que transiten en el sentido Cajamarca – Ibagué, corresponderán a la ANI y no hará parte del VPIP previsto en el contrato de concesión APP No. 002 de 2015 ni de la retribución del Concesionario.*
>
> *"Finalmente, se hace necesario resaltar que la Caseta de Control hace parte del sistema integral de recaudo de los ingresos provenientes del Peaje Cocora, cuyas socializaciones fueron previamente realizadas a la instalación de la referida estación de peaje, tanto en el proceso de estructuración como en la etapa preoperativa del proyecto de concesión que nos ocupa; por lo que es posible afirmar que las gestiones de socialización para la instalación de estaciones de peajes nuevas que conforman el proyecto, fueron debidamente realizadas por el Concesionario".*

A la anterior misiva, la ANI, mediante Comunicación ANI No. 20223050157081 del 31 de mayo del 2022[176], nuevamente le respondió insistiéndole a la Concesionaria sobre la necesidad de cumplir con todos los requisitos previos para dicha operación, contemplados en los documentos contractuales, de conformidad con los siguientes términos:

> *"Debido a lo anterior, es preciso señalar que, previo a la construcción y operación de la Caseta de Control, se deberá adelantar los trámites pertinentes ante el Ministerio de Transporte con el fin de incluir dentro de la Resolución No 175 del 6 de febrero de 2015 dicha caseta de control con las regulaciones pertinentes.*
>
> *"En virtud de lo anterior, se solicita al Concesionario APP GICA S.A. presentar a la mayor brevedad posible los insumos e información necesaria para que desde la ANI se adelante el trámite de modificación de la Resolución antes referida ante el Ministerio de Transporte.*

[176] **Ubicación en el expediente virtual:** 136972 > 02_PRUEBAS > PRUEBAS No 2 > 03. Pruebas Traslado Contestación

> *"Así mismo, se indica, que teniendo en cuenta el Plazo de Cura No Objetado y debidamente notificado por la Interventoría el 06 de mayo de 2022, se tiene prevista la terminación e inicio del procedimiento de verificación de la Calzada derecha tramos 2 y 3, el 06 de julio de 2022, por lo que, según lo dispuesto en la cláusula tercera del Otrosí No. 3, el inicio de la operación de la calzada derecha y la caseta de control del peaje Cocora, se espera para el 16 de septiembre de 2022, fecha para la cual se deberá contar con la modificación de la resolución del Ministerio de Transporte".*

Los documentos citados, que fueron debida y oportunamente incorporados al expediente, le permiten al Tribunal concluir que, en efecto, la Concesionaria, en virtud de lo acordado en el Otrosí No. 3 del 23 de agosto de 2019, estuvo presta a cumplir con su obligación de instalar, construir y poner en operación la Caseta de Control Cocora a partir del 1º de enero de 2022; sin embargo, como se observa, en un primer momento la ANI se opuso a ello alegando que, en su sentir, no se cumplían las condiciones establecidas, específicamente en cuanto corresponde a la terminación de las obras de la calzada derecha de los Tramos 2 y 3, lo cual debía ocurrir el 9 de marzo de 2022, así como la restricción de recibo del corredor existente (Unidad Funcional 3), que se tenía proyectado para el 24 de marzo de 2022.

Cumplido lo anterior, la Concesionaria insistió de nuevo ante la ANI sobre la instalación y puesta en funcionamiento de la mencionada Caseta de Control Cocora, pero esta vez, como puede verse en la Comunicación ANI No. 20223050157081 del 31 de mayo del 2022, la ANI se negó a aceptar su puesta en operación por considerar que, de acuerdo con los documentos contractuales, era menester que se modificara la Resolución No. 0175 de 2015 del Ministerio de Transporte y para ello resultaba indispensable que la Concesionaria remitiera los insumos necesarios para tal efecto.

Está demostrado, entonces, que la Concesionaria se allanó a cumplir lo pactado a su cargo en cuanto a la construcción de la Caseta de Control, específicamente en el Otrosí No. 3 de 2019, pero la ANI nunca la autorizó y expresó siempre su oposición a que se procediera a su puesta en funcionamiento.

Considera el Tribunal que le asiste razón a la Concesionaria en el sentido de que no resultaba imperativa la modificación de la Resolución No. 0175 de 2015 del Ministerio de Transporte, habida consideración de que ello no fue expresamente pactado como condición en el Otrosí No. 3 de 2019.

De hecho al revisar la Cláusula Tercera, específicamente en el parágrafo primero, quedó claro que **a partir del 1º de enero de 2022** el Concesionario tenía la obligación de instalar por su cuenta y riesgo la Caseta de Control de Peaje en la vía existente *"dentro de los PR establecidos en la Resolución 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y deberá cumplir todas las*

especificaciones previstas en el Contrato y sus Anexos", esto es, las Partes acordaron una fecha cierta y específica para la fecha en operación de la Caseta de Control, sin que ello estuviera condicionado a la previa modificación de la Resolución No. 0175 de 2015 del Ministerio de Transporte.

No existe en el expediente un solo elemento de juicio que permita al Tribunal concluir que la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control Peaje Cocora debía estar condicionada o sometida a que previamente se adelantaran los trámites y se obtuviera la modificación de la mencionada Resolución, pues de ser así las Partes no hubieran definido una fecha cierta para tal efecto, a lo cual debe adicionarse que tan claro tenían las Partes que la Caseta de Control debía empezar a funcionar el **1º de enero de 2022,** que por ello mismo en la Cláusula Cuarta del Otrosí No. 3 de 2019 establecieron que lo recaudado en ella entre el 1º de enero de 2022 y el 14 de abril de 2024 no haría parte del VPIP previsto en el Contrato de Concesión, ni estaría incluido en la retribución del Concesionario.

Ahora bien, es claro que la intención de las Partes al haber pactado la instalación de la Caseta de Control Cocora tuvo como propósito evitar la **elusión,** tal como se desprende entre otros muchos elementos de juicio de lo pactado en el Numeral 14 de las consideraciones del Otrosí No. 3 de 2019, en donde con claridad se señaló que la instalación de la Caseta de Control adicional a la Nueva Estación de Peaje Cocora, tenía como propósito *"garantizar el recaudo y evitar la elusión de peaje en el Tramo Coello – Cocora – Boquerón de la vía existente",* la cual debía ubicarse dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 0175 del 6 de febrero de 2015, propósito que no se cumpliría de manera inmediata si las Partes hubiesen condicionado ello a la previa y necesaria modificación de la Resolución No. 0175 de 2015, modificación que en tal caso no habría dependido de las propias Partes negociales, sino de un tercero.

Con independencia de lo anterior, esto es, de si era necesario o no proceder con la modificación de la Resolución No. 0175 de 2015, como paso o presupuesto para la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control de Peaje Cocora, lo cierto es que la ANI expresó su decisión de que dicha Caseta no se pusiera en operación en las fechas contractualmente previstas y acordadas, como puede verse en la Comunicación No. ANI 20223050159761 del 2 de junio de 2022[177], mediante la cual la ANI manifestó lo siguiente:

> *"Desde el Comité Pro-Defensa al no pago del peaje Coello se han remitido a esta Entidad una serie de solicitudes relacionadas con el otorgamiento de Tarifas Diferenciales para los habitantes de las zonas rurales de la ciudad de Ibagué cercanas al Proyecto y los habitantes de Cajamarca que realizan tránsito permanente entre Ibagué y Cajamarca, las cuales han sido oportunamente respondidas desde la ANI confirmando el compromiso de esta*

[177] **Ubicación en el expediente virtual:** 136972 > 02_PRUEBAS > PRUEBAS No 3 > 1. Exhibición de Documentos ANI > Común emit por la ANI a APP GICA S.A. Alcaldía Cajama Alcald Ibagué Minist de Transpo demás Entida relacio con instalac y puesta en funciona la Estaci Peaje Cocora > 5.12. Radicado ANI No. 2022305019001 del 29 de junio de 2022.PDF

> *Entidad de analizar dichas solicitudes y poder ofrecer los espacios de discusión necesarios para lograr acuerdos en pro del bienestar de las comunidades y del Proyecto de construcción que beneficiara la competitividad de nuestro país.*
>
> ***"Por lo anterior, y teniendo en cuenta la situación de inconformidad generada en la comunidad por el inicio de las obras de la caseta de control por parte del Concesionario APP GICA el día 2 de junio de 2022, consistentes en Localización, Replanteo, Instalación de Plan de Manejo de Tráfico – PMT y Campamento y demás relacionadas, lo cual no implica que se procederá de manera inmediata con el cobro de las tarifas de peaje, ni mucho que con ello se interfiera con la realización de los escenarios de participación social previstos para definición de las tarifas diferenciales".*** (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Así mismo, mediante Comunicación No. ANI 20223050190001 del 29 de junio de 2022, se reiteró por parte de la ANI la *"Mesa de Trabajo de Caseta Control Peaje Cocora"* de acuerdo con lo solicitado por la Comunidad y la Alcaldía de Cajamarca, así:

> *"Mediante comunicación con radicado ANI No 20224090642272 del 9 de junio de 2022, desde la alcaldía de Cajamarca se remitió solicitud para llevar a cabo mesa de trabajo el día 30 de junio de 2022, con el fin de tratar la temática relacionada con la instalación de la caseta de control al peaje Cocora ubicado en la Unidad Funcional 1 del proyecto IP GICA; por lo anterior, a través de comunicación con radicado ANI No 20223050182471 del 22 de junio de 2022, se dio respuesta a dicha solicitud aceptando la realización de dicha mesa de trabajo.*
>
> *"Posteriormente, mediante comunicación con radicado ANI No 20224090698652 del 23 de junio de 2022, el Comité pro-defensa no pago peaje Coello – Cocora solicit[ó] la realización de dicha mesa de trabajo el día 9 de julio de 2022,* ***es por ello que desde la ANI conscientes de la importancia de contar con este espacio de comunicación con la comunidad de la zona de influencia del proyecto, se estableció contacto telefónico a través del apoyo social a la supervisión del Contrato de Concesión N o 002 de 2015 el día 29 de junio de 2022 con el Alcalde de Cajamarca con el fin de realizar en un solo espacio esta de mesa de trabajo con representantes del Comité antes mencionado, la comunidad y la alcaldía de Cajamarca, por lo que se propuso llevar a cabo el día 9 de julio de 2022 esta mesa de trabajo,*** *a lo que se informó por parte del Alcalde Dr. Julio Roberto Vargas se realizaría la consulta para determinar la fecha y hora de la mesa de trabajo*

> *acordada, por lo que desde la Agencia Nacional de Infraestructura quedamos atentos a su confirmación para poder asistir a esta importante cita con la comunidad".*

Así las cosas, observa el Tribunal que, con independencia de si resultaba necesario o no modificar la aludida Resolución No. 0175 de 2015, o si era necesario que se dieran condiciones o presupuestos contractuales adicionales, lo cierto es que obran en el expediente manifestaciones claras e inequívocas de parte de la ANI, con destino a la Concesionaria, en el sentido de no autorizar, por diferentes razones, la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control Cocora, a pesar de que contractualmente las Partes habían acordado que ella funcionaría a partir del **1º de enero de 2022.**

Los testimonios recibidos en este proceso dan cuenta de la problemática generada en este punto y de la necesidad de instalar la Caseta de Control precisamente para evitar la **elusión** que se generaría una vez instalada la Caseta de Peaje, como bien lo indicó el testigo Luis Eduardo Gutiérrez, quien señaló por qué se materializó la necesidad de ponerla en operación:

> *"DRA. MELO: [00:46:29] "Perdón. ¿Y esa caseta de control quedó entonces contemplada cuando se modificó el alcance del contrato para hacer la doble calzada?"*
>
> *SR. GUTIÉRREZ: [00:46:43]* ***"Claro, lo que pasa es que, como el contrato preveía, como les decía, tramo viejo se cobra bajando, tramo nuevo se cobra subiendo, al poner todo el tráfico afuera, pues usted tiene que garantizar que la gente no se vaya por allá y es colocando una caseta de control, eso quedó contemplado y en las negociaciones del otrosí siempre se planteó que no podría usted de manera arbitraria y por más presión de las comunidades, sacar, construir una doble calzada sin tener una caseta de control,*** *porque el efecto lógico, o sea, si usted no le toca pagar, pues usted automáticamente lo que hace es coger por donde no paga, sobre todo que ahí el tráfico de camiones es muy alto por ser el corredor de carga de Bogotá a Buenaventura, entonces lo que hacen los camioneros simplemente se van por allá, además, pues que allá quedan los restaurantes, entonces pues aprovechan que tampoco hay peaje y pues se van por allá".* (Resaltado fuera del texto original).

Y más adelante indicó el testigo:

> *"DR. FAJARDO: [00:57:25] "¿Y usted sabe o conoce o le consta por qué razones no se ha puesto en funcionamiento la caseta de control en la vía existente?"*

> *SR. GUTIÉRREZ: [00:57:39] "Ese tampoco sé por qué,* ***eso era una obligación, o sea, yo no sé por qué tomaron la decisión en su momento de no poner la caseta de control,*** *porque era, como reitero, lo que decía antes, era lógico que si usted tiene que pagar y no pagar cualquier ser humano en el mundo le dice, pues yo me voy por donde no tenga que pagar, yo no sé si es que alguien pensó que estábamos en otros países del mundo donde no se paga, pero es que normalmente la infraestructura del mundo está construida en esa orientación única y exclusivamente cuando la vía es muy lejos, entonces,* ***si están muy separadas las casetas, yo le digo demórese una hora más y no paga peaje, pero aquí no se prestaba porque es que la vía está prácticamente pegada, entonces no había la razón para no colocar la caseta de control".***

Acerca de la necesidad de que la Caseta de Control estuviese ya operando y su conexidad o nexo con la Caseta de Peaje, el testigo Camilo Jaramillo Berrocal indicó:

> *"DR. FAJARDO: [00:44:02] "Mencionó usted que también se contemplaba una caseta de control, pero que la entendía como parte de la instalación del peaje nuevo. Nos quiere ampliar un poco más y hablar con detalle de esa caseta de control, del peaje nuevo, de su funcionalidad, de las diferencias que puedan existir entre lo que es la caseta de peaje y la caseta de control?"*
>
> *SR. JARAMILLO: [00:44:31] "Las casetas de control son comunes en algunos proyectos, tiene una función específica, es controlar el paso por otra vía de vehículos que no quieren pagar el peaje. Eso pasa cuando uno hace vías nuevas y de pronto dejó la vía existente abierta, entonces digamos que se pone una caseta de control o cuando hay tramos donde se le pueden escapar antes, uno pone una caseta de control. Obviamente la teoría de una caseta de control es que yo llamo el mismo peaje porque es a veces físicamente y a veces contractualmente imposible pagar los dos peajes al tiempo. Si usted paga uno, no paga el control porque así serían dos peajes; aquí se acuerda que le mencioné que parte de las discusiones importantes se daban con el contrato existente?"*
>
> *DR. FAJARDO: [01:01:58] "Usted conoce o conoció las razones por las cuales, según acaba de señalar, esa caseta de control, nunca se puso?"*
>
> *SR. JARAMILLO: [01:02:05]* ***"Entendí siempre que fueron temas sociales, más que todo por lo que he visto y pues por la coyuntura hoy en día de peajes, pero siempre ha sido un tema social".***

Ahora bien, los testimonios de los señores Alirio Alexander Feliz Rodríguez, Néstor Raúl Palacios Suescún, José Román Pacheco Gallego, María Jessica Paola Álzate Gómez y Lilian Mercedes Laza Pinedo, coinciden en señalar que no están dadas las condiciones para poner en operación la Caseta de Control, pues el Concesionario, por su parte, no ha cumplido con las exigencias para la puesta en operación de la Calzada derecha de los Tramos 2 y 3, y tampoco ha suministrado los insumos necesarios requeridos para la modificación de la tantas veces mencionada Resolución No. 0175 de 2015.

No encuentra el Tribunal razones válidas que justifiquen la negativa a autorizar la puesta en operación si, como se explicó, en el Otrosí No. 3 de 2019 se acordó una fecha exacta, precisa y determinada para ello, sin someterla a condicionamiento alguno.

Tampoco obran en el expediente elementos de juicio que permitan, por un lado, concluir cuáles eran los insumos necesarios e indispensables a los que se refiere la ANI para proceder a la modificación de la Resolución No. 0175 de 2015 y que debían ser suministrados por el Concesionario; y, de otro lado, no hay pruebas acerca de si ya entró en operación o no la calzada derecha de los Tramos 2 y 3, y, en caso de que ello no haya ocurrido, nada permite concluir que el Concesionario haya incurrido en incumplimiento alguno sobre la materia.

En todo caso, lo que salta a la vista es que la Convocada, como puede verse en las Comunicaciones ya citadas, efectuó manifestaciones inequívocas acerca de su decisión de no autorizar la mencionada puesta en operación y construcción de la Caseta de Control Cocora.

Por lo anterior, el Tribunal considera que hay lugar a acceder a la pretensión y, en consecuencia, a declarar que la ANI, a pesar de estar pactado en la Parte Especial del Contrato de Concesión y en los Otrosíes No. 1 y 3, no dio su autorización y, por el contrario, se negó a permitir la construcción y puesta en funcionamiento de la Caseta de Control de Peaje Cocora, motivo por el cual incumplió lo pactado en dichos documentos negociales e impidió el cobro de la Tarifa de Peaje para los grupos de usuarios indicados en las Pretensiones Octava y Novena anteriores.

18.12.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA SEGUNDA

El texto de la pretensión décima segunda es el siguiente:

> ***"DÉCIMA SEGUNDA.****- Se declare que como consecuencia de la no instalación de la Caseta de Control a que se refiere la pretensión* ***SÉPTIMA****, se ha generado una elusión en el pago del peaje por parte de quienes utilizan el Sistema Vial GICA trasladándose de Ibagué hasta Cajamarca o a los sitios intermedios entre esta población y la de Cocora, que según la serie estadística del lapso de tiempo ya transcurrido, representa aproximadamente un 50% o el porcentaje que resulte probado*

del total de probable recaudo, y de aquel que en lo futuro llegare a ocurrir".

18.12.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Manifestó la Convocante que la ANI realizó distintas y amplías manifestaciones en medios de comunicación tendientes a promover la no necesidad de que *"los usuarios de la vía paguen la tarifa de peaje de la nueva Estación "Cocora" por tener la alternativa o posibilidad de que transcurran por la vía antigua (Tramo 5 de GIC) sin que haya necesidad de pagar tarifa alguna",* circunstancia que, además, ha sido promovida y patrocinada por la no instalación y puesta en operación de la Caseta de Control Cocora.

Adujo, además, que *"desde el mes de octubre de 2021 y hasta el mes de mayo de 2022, han sido adelantadas mediciones, conteos y cálculos relacionados con la Elusión del pago de las tarifas de Peaje de la Estación "Cocora", con el propósito de establecer con certeza y sustento la Elusión presentada y promovida por parte de la ANI*".

18.12.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

Se opuso a la prosperidad de la pretensión y, para tal efecto, recordó la definición contractual del Riesgo de **elusión** asignado a la ANI, descrito en la Cláusula 13.3, letra (d) del Contrato de Concesión. Con base en ello, indicó que, *"la vía existente NO corresponde a una nueva vía alterna, ya que ésta se encontraba definida y detallada en el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión No. 002 de 2015 y además, debe destacarse que este proyecto se trata de una Iniciativa Privada, a voces de lo regulado en la Ley 1508 de 2012",* por lo cual señaló que no se dan los presupuestos previstos contractualmente para considerar que el aludido riesgo se ha materializado.

Indicó, adicionalmente, que *"la no instalación de la caseta de control en la fecha prevista contractualmente obedeció en unos casos a hechos imputables al Concesionario y en otros, a circunstancias ajenas a las partes, situaciones previstas en el Contrato de Concesión bajo la figura del Evento Eximente de Responsabilidad".*

Finalmente, luego de señalar que la Caseta de Control de Peaje Cocora no se ha instalado por incumplimientos que le atribuye a la Convocante, señaló que en relación con la *"cuantificación que está expresando el Concesionario relacionada con la disminución en porcentaje del recudo de peaje, como consecuencia de la presunta Elusión, que como se reitera no se ha materializado, se desconoce la valoración que este está realizando. Lo anterior, toda vez que no se cuenta con los cálculos de la valoración del riesgo".*

18.12.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

De lo indicado en varios apartes de este Laudo Arbitral se tiene que los términos **"elusión"** y **"evasión"** se leen en varios documentos contractuales. Sin embargo, sobre la definición del concepto de **"elusión"** cuándo se constituye a la luz del Contrato de Concesión, sólo se halla una vaga definición o un solo alcance, como se ve en el numeral 13.3., letra (d) del Capítulo XIII sobre *"ECUACIÓN CONTRACTUAL Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS"*.

Igual se dejó dicho ya que la mención a la ***"evasión de peaje"*** a la que se refiere el Contrato de Concesión y más concretamente como un riesgo a cargo del Concesionario, no aporta claridad para su definición o alcance, por lo cual se ha acudido a lo consignado al respecto en el Documento CONPES 3107[178] sobre "*Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura"* de fecha 3 de abril de 2001[179], así como se han traído a colación importantes pronunciamientos efectuados en los Laudos Arbitrales previamente citados y en la doctrina para efectos de precisar el sentido y la distinción acerca de las nociones de **"elusión"** y **"evasión".**

En el caso que se analiza, de conformidad con los medios de prueba debidamente decretados y practicados en este proceso, quedó demostrado que para trasladarse de Ibagué a Cajamarca y sitios intermedios, en tanto que no se varió el sentido de la vía, pese a lo que se pactó en el Contrato, muchos usuarios del sistema vial siguen utilizando el antiguo tramo nacional existente entre Ibagué y Cajamarca (Tramo 4003) y con ello **eluden** el uso de la vía concesionada y, por ende, el pago del Peaje en la Estación de Cocora.

Añádese a lo anterior que, según los antecedentes expuestos, desde el inicio, en el Contrato Estatal, las Partes acordaron la instalación de un nuevo peaje y de una caseta de control[180] –el Peaje de Cocora y su respectiva Caseta de Control– (Apéndice Técnico 1: 4.2. (a) (i)), con la finalidad de evitar la **evasión** y/o la **elusión** en el pago del Peaje, bajo el entendido que se presentaba cuando se hacía uso de vías alternas por parte de los usuarios no contempladas en los estudios de tráfico del proyecto que deriva en el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto, generando un efecto negativo dada como consecuencia de la reducción en los ingresos de este, según lo que se entiende como elusión pactada en el Contrato.

En los Otrosíes No. 1 (Cláusula Tercera) y 3 (Cláusula Tercera), las Partes reiteraron su voluntad contractual de construir el Peaje Nuevo y su Caseta de Control como elementos esenciales para garantizar el recaudo y la ulterior

---

[178] *En el numeral 7 del Otrosí No. 1 de 2016 al Contrato de Concesión, se señala que la "[…] identificación, distribución y asignación de los riesgos se ajusta a lo establecido en los documentos Conpes 3107 de 2001, 3133 de 2011, 3714 de 2011 y a los lineamientos de Política de Riesgos del programa de cuarta generación de concesiones viales según Documento Conpes 3760 de 2013 y 3800 de 2014".*

[179] *https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3107.pdf*

[180] Las declaraciones de algunos testigos también corroboran la existencia de esta caseta de control para la elusión del peaje como Camilo Andrés Jaramillo Berrocal, Maria Carolina Contreras Encinales, Luis Eduardo Gutiérrez, Wilson Yovani Garzón Cifuentes y Alirio Alexander Félix Rodríguez.

distribución de ingresos por peaje y con ello la garantía y efectividad tanto del Modelo Financiero como de la Estructura Tarifaria del Proyecto, los cuales fueron debidamente aprobados y consecuencialmente acordados, en tanto que la financiación del Proyecto se obtiene a partir de la estructura de ingresos que en esta modalidad de contrato tiene su origen sustancial en el cobro de los peajes por el uso de la infraestructura construida, rehabilitada, ampliada y debidamente puesta en operación al servicio de los usuarios.

Al mismo tiempo determinaron la fecha cierta en la cual comenzaría su operación y recaudo, con las diferencias propias entre lo inicialmente previsto y lo pactado luego de su modificación por el cambio en el cronograma de las fechas de operación de los demás peajes que fueron recibidos con tres años de anticipación[181].

Así, aunque el Concesionario construyó la Caseta del Nuevo Peaje "Cocora", no fue posible que construyera, así fuera por su cuenta y riesgo, la Caseta de Control del mismo para evitar la evasión o la elusión del peaje[182] que ya se venía presentando –pese a sus solicitudes[183]–, sea porque la ANI inicialmente no compartió la posibilidad de hacerlo en atención a que, a su juicio, no se cumplían las exigencias por ella impuestas o, porque cumpliéndolas, a pesar de la inversión en las obras acordadas en el Contrato y su construcción puestas al servicio de la comunidad, por la confluencia de un conjunto de circunstancias o factores

[181] *Con el Otrosí 4, se modificó el Apéndice Técnico 1 y con el Otrosí No. 5 se modificó en parte el Otrosí No. 1.*

[182] *Con la comunicación APP-GICA-BG-2022-422 del 4 de abril de 2022, al evidenciarse la elusión, el Concesionario propone el procedimiento a seguir en virtud del Contrato: "Por virtud de la presentación del fenómeno de la elusión en el pago de las tarifas de peaje en la Estación de Cocora por parte de los usuarios del Sistema Vial GICA que, para trasladarse de Ibagué a Cajamarca y sitios intermedios, utilizan el antiguo Tramo Nacional existente entre Ibagué y Cajamarca - Ruta 4003; de la manera más atenta solicitamos se ordene a la Interventoría y al Supervisor del Contrato No. 002 de 2015 que, conjuntamente con APP GICA, procedan a establecer la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido por haberse aplicado la estructura tarifaria prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje y se deje constancia de ello en un Acta de Cálculo de la Compensación por riesgo*" la cual se reitera con la comunicación APP-GICA-BG-2022-1353 del 6 de septiembre de 2022.

[183] Con la comunicación APP-GICA-BG-2022-700 se señaló que "[…] *de conformidad con lo estipulado en el Contrato No. 002 de 2015 y sus Otrosíes, que contemplan la instalación de una Caseta de Control para el Peaje Cocora, una vez sean puestas a disposición las intervenciones de los Subsectores 2 y 3 de la Calzada Derecha; dado que las aludidas segundas calzadas serán puestas a disposición el próximo 4 de julio**, iniciaremos de manera inmediata la construcción de esta Caseta de Control, a efectos de evitar la elusión en el pago del Peaje Cocora** por los usuarios que hacen uso de la segunda calzada correspondiente a la Unidad Funcional 1 (Sentido Ibagué – Cajamarca) y de las segundas calzadas de los Subsectores 2 y 3 de la Calzada Derecha sentido Cajamarca – Ibagué; para que una vez culminado el procedimiento de verificación de las intervenciones por parte de la Interventoría, se proceda con el cobro y recaudo de las tarifas de peaje señaladas por la Resolución No. 0000175 de 2015 del Ministerio de Transporte*" (negrillas fuera de texto)

provenientes de la comunidad,[184] de la ANI,[185] de la ANLA o del Ministerio de Transporte. El hecho es que por su ausencia la Convocante no ha podido recaudar una parte importante de los ingresos que permitan garantizar y mantener la ecuación financiera del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 002 de 2015 y sus respectivas modificaciones, en tanto que para trasladarse de Ibagué a Cajamarca y sitios intermedios, los usuarios del sistema vial siguen utilizando el

---

[184] Con la comunicación ANI del 2 junio de 2022 No. 20223050159761 se le previene y solicita al Concesionario *"[…] teniendo en cuenta la situación de inconformidad generada en la comunidad por el inicio de las obras de la caseta de control por parte del Concesionario APP GICA el día 2 de junio de 2022, consistentes en Localización, Replanteo, Instalación de Plan de Manejo de Tráfico – PMT y Campamento y demás relacionadas, lo cual no implica que se procederá de manera inmediata con el cobro de las tarifas de peaje, ni mucho que con ello se interfiera con la realización de los escenarios de participación social previstos para definición de las tarifas diferenciales. Al respecto, solicitamos de manera respetuosa agendar para el próximo martes 7 de junio de 2022 el inicio de las mesas de trabajo presenciales con participación de representantes del Comité Prodefensa al no pago de peaje Coello – Cocora, representantes de la ANI, Concesionario APP GICA e Interventoría Consultécnicos S.A.S. con el fin de discutir temas relacionados con las solicitudes realizadas a esta Agencia con ocasión de la entrada en operación de la Estación de Control de la Estación de Peaje Coello – Cocora".-* Mesas de trabajo con la comunidad y la Alcaldía de Cajamarca que se reitera con la comunicación ANI 20223050190001 del 29 de junio de 2022, sobre "Mesa de trabajo Caseta de control peaje Cocora" antes de continuar con la instalación de la caseta de control de peaje.

[185] "*El Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura* ***Manuel Felipe Gutiérrez*** *aclaró cómo será el cobro del peaje en el nuevo trayecto entre el sector de Boquerón y el corregimiento de Coello donde se desarrolló la primera fase del proyecto de segunda calzada entre Ibagué y la población de Cajamarca, la cual es ejecutada por una* ***Alianza Público Privada.*** *Gutiérrez explicó que sólo los usuarios que deseen utilizar el nuevo tramo que incluye un imponente puente que tiene alrededor de 120 metros de altura serán quienes paguen el valor del peaje. En cambio,* ***los conductores que deseen evitar el pago del mismo*** *podrán continuar transitando por la carretera tradicional que tiene 2 kilómetros de recorrido adicional. "Es un tramo unidireccional en el sentido Ibagué –Cajamarca a través de un viaducto único en el país, construido bajo la modalidad de voladizo sucesivo y una estructura curva de unos 800 metros. Ahora bien,* ***quienes quieran tomar esta vía nueva deberán pagar el peaje****, pero quienes quieran tomar la ruta antigua que es bidireccional lo podrán hacer sin ningún tipo de inconveniente", recalcó el funcionario". En línea: https://caracol.com.co/emisora/2021/10/13/ibague/1634146879_633796.html enlace referido por el Apoderado de la Convocante en sus demanda arbitral*

"El presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Manuel Felipe Gutiérrez, indicó que la decisión del gobierno nacional fue dejar en doble sentido la vía antigua y que los vehículos que decidan trasladarse por el nuevo corredor deberán asumir el costo del peaje"Quienes no quieran conducir por la nueva vía pueden continuar por la antigua y no tendrán que cancelar el peaje, igualmente, la vamos a seguir operando y manteniendo. Por supuesto la doble calzada inaugurada este año tiene mejores condiciones técnicas y de trazado. Por lo tanto, los tiempos de desplazamiento son más cortos", contó Gutiérrez.Tras la apertura del peaje, los habitantes de la 'Despensa Agrícola de Colombia' solicitaron una tarifa diferencial para los conductores de la región teniendo en cuenta que el desplazamiento de campesinos y agricultores hacia Ibagué es constante."Necesitamos que el gobierno nacional entienda que no es justo que tengamos que pagar dos o tres peajes diarios para llevar los productos agrícolas hasta las plazas de mercado de Ibagué. No estamos pidiendo gratuidad, pero sí un descuento", expresó Fernando Hernández, líder de Cajamarca. Algunos concejales, líderes sociales, grupos ambientalistas, conductores y agricultores crearon un comité 'No al pago del peaje', con el fin de exigirle al gobierno nacional que los conductores de esa población del occidente tolimense sean exonerados de pagar el costo del peaje. Entretanto, el presidente de la ANI, reiteró que seguirán escuchando las peticiones sobre el impacto que genera la apertura del peaje, al tiempo que pidió comprensión y recordó que los conductores ahorraran tiempo y combustible. José Edison Pava, presidente de la Asociación Andina de Carga Liviana en el Tolima, expresó que el costo del servicio del peaje no fue socializado con el sector transportador por lo que anunció posibles protestas del gremio que representa. En línea: https://www.radionacional.co/noticias-colombia/arranca-cobro-de-peaje-en-el-sector-de-coello-cocora-en-ibague enlace referido por el Apoderado de la Convocante en sus demanda arbitral.

José Edison Pava, presidente de la Asociación Andina de Carga Liviana en el Tolima, expresó que el costo del servicio del peaje no fue socializado con el sector transportador por lo que anunció posibles protestas del gremio que representa. En línea: https://www.radionacional.co/noticias-colombia/arranca-cobro-de-peaje-en-el-sector-de-coello-cocora-en-ibague

antiguo tramo nacional existente entre Ibagué y Cajamarca (Tramo 4003), dando lugar a que tales circunstancias fácticas sí comportaran y/o facilitaran la concreción de la **elusión** al Peaje de Cócora.

Ahora, si bien es cierto que al tipificar ese riesgo la ANI lo asumió bajo ese solo alcance y así lo aceptó el Concesionario, no es menos cierto que la Convocante siempre tuvo en cuenta que el Contrato se desarrollaría en las condiciones pactadas, incluyendo las modificaciones que le fueron introducidas de común acuerdo. Ello significa que el Concesionario partió como debía hacerlo, de la buena fe contractual de su cocontratante, quién asumió la obligación de cambiar la dirección o sentido de la vía antigua una vez recibiera la obra contratada que comprendía la vía existente (Ruta 4003) y de la confianza legítima que como autoridad la ANI y demás autoridades concernientes, le generaba para que entonces, recibida para mantener y operar la Ruta 4003 de la tantas veces citada obra, ahora a su cargo, se dejaría la dirección de la vía antigua en un solo sentido Cajamarca – Ibagué y el usuario solo pudiera utilizar la nueva vía concesionada y pagara el peaje proyectado, pero ello no ocurrió porque finalmente no se dejó la vía en el sentido que se había previsto.

En consecuencia, de no haber sido porque la ANI, Entidad Concedente, no ha ejecutado hasta ahora lo que se comprometió, esto es, dejar en un solo sentido la dirección de la vía antigua, en otras palabras dejarla unidireccional Cajamarca – Ibagué y, por el contrario, mantenerse en que aquélla seguirá en doble sentido o bidireccional, sin caseta de control de peaje Cocora, sumado a la puesta en funcionamiento de la nueva vía construida por el Concesionario, ello ha determinado que se produzca la **elusión** del peaje de Cocora, sin ánimo de mejorar y por lo contrario, desincentivando así su uso, lo que conlleva a una grave afectación en la estructura tarifaria y por lo tanto en la ecuación económica del Contrato.

En consecuencia, el Tribunal considera que hay en el expediente elementos suficientes para que se abra paso la pretensión décima segunda de la demanda y para que se disponga que, como consecuencia de la no instalación de la Caseta de Control Cocora, se ha generado **elusión** en el pago del peaje por el grupo de usuarios utilizan el Sistema Vial GICA que se trasladan de Ibagué hasta Cajamarca o a los sitios intermedios entre esta población y la de Cocora.

18.13.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA

La pretensión décima tercera es del siguiente tenor:

> ***"DÉCIMA TERCERA.-*** *Se declare que el Gobierno Nacional, representado por el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-, se comprometió para con los representantes del Paro Nacional ocurrido durante el año 2021 a estudiar y establecer tarifas diferenciales y exenciones favorecedoras de los grupos de potenciales usuarios del*

Sistema Vial GICA que en los Acuerdos firmados con ellos se identificaron".

18.13.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Se adujo en la demanda que a raíz del denominado *"Paro Nacional",* que inició el 28 de abril de 2021 en todo el país, el Ministerio de Transporte sostuvo distintas mesas de trabajo con el Gremio Transportador de Carga, que desembocaron en la suscripción el día 22 de mayo de 2021 del titulado *"ACUERDO ENTRE EL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y GREMIOS DE TRANSPORTE DE CARGA".*

Destacó que en virtud de dicho Acuerdo el Ministerio de Transporte y, específicamente, la ANI, se comprometió, entre otras actividades a *"realizar socializaciones de los nuevos peajes de los contratos de concesión ya suscritos y revisar las tarifas diferenciales en proyectos puntuales en mesas de trabajo con la ANI y los concesionarios, y el INVIAS, dependiendo del caso".*

18.13.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

Se opuso a la prosperidad de esta súplica, toda vez que afirmó no conocer *"documento alguno que contenga lo referenciado por la Convocante en esta pretensión y que refleje supuestos compromisos relacionados estudiar y establecer tarifas diferenciales y exenciones favorecedoras de los grupos de potenciales usuarios del Sistema Vial GICA".*

18.13.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Obra en el expediente, pues fue aportado con la demanda, el denominado *"ACUERDO ENTRE EL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y GREMIOS DE TRANSPORTE DE CARGA"*[186]*,* de fecha 22 de mayo de 2021, en donde, en efecto, en los numerales 8, 9 y 10 se dispuso lo siguiente:

> *"8.* ***El Ministerio de Transporte a través de la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante ANI) y el Instituto Nacional de Vías (en adelante INVIAS), se compromete a realizar socializaciones de los nuevos peajes de los contratos de concesión ya suscritos y revisar las tarifas diferenciales en proyectos puntuales en mesas de trabajo con la ANI y los concesionarios, y el INVIAS, dependiendo del caso.***
>
> *"9. El Ministerio de Transporte se compromete a trabajar en el insumo técnico para la definición de una política pública a futuro que defina criterios técnicos para la instalación de peajes, el cual incluirá el análisis del mecanismo legal para su adopción.*

[186] **Ubicación en el expediente virtual:** 136972 > 02_PRUEBAS > PRUEBAS No 1 DEMANDA > 51_45__Copia_ACUERDO_ENTRE_EL_MINISTERIO_DE_TRANSPORTE_Y_GREMIOS_DE_TRANSPORTE_DE_CARGA

> *"10. La ANI, entidad adscrita a este Ministerio, se compromete a que las Concesiones del Bicentenario, los proyectos de Quinta Generación estructurados en este Gobierno, algunos de los cuales están en proceso de licitación y otros en aprobaciones, no incluirán nuevos peajes en las vías que intervendrán esos proyectos, distinto a los ya existentes, salvo en el caso de la IP ALO SUR. Es de precisar, que se tiene previsto al 2023 la instalación de 18 peajes en las concesiones de 4ta generación".*

Se destaca, para los fines de la pretensión que ocupa la atención del Tribunal que, en efecto, en dicho documento aparece el compromiso de la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– de "*revisar las tarifas diferenciales en proyectos puntuales en mesas de trabajo con la ANI y los concesionarios, y el INVIAS, dependiendo del caso".*

A pesar de que dicho documento aparece sin firmas, el Tribunal dará aplicación a lo previsto en el artículo 244 del Código General del Proceso, norma según la cual *"Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso*" y, en consecuencia, accederá a la pretensión, pero única y exclusivamente limitándose a declarar que en el mencionado *"ACUERDO ENTRE EL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y GREMIOS DE TRANSPORTE DE CARGA",* de fecha 22 de mayo de 2021 aparece el compromiso de parte de la ANI de revisar, explorar o examinar la posibilidad de implementar, de manera genérica, tarifas diferenciales.

18.14.- LA PRETENSIÓN DÉCIMO CUARTA

El texto de la pretensión décima cuarta, es el siguiente:

> *"DÉCIMA CUARTA.- Se declare que la actuación administrativa a que dice relación la pretensión DÉCIMA PRIMERA encarna una afectación de la Estructura Tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje 0000175 de 2015, tantas veces mencionada y de consiguiente del Modelo Financiero concertado".*

18.14.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Aduce la Convocante que las actuaciones de la ANI han generado una elusión en el pago de las tarifas de peaje en la Estación de Cocora por parte del grupo de usuarios del Sistema Vial GICA y ello ha impedido que se cobren las tarifas

reconocidas mediante la Resolución No. 0175 de 2015, con la consecuente afectación de tal Estructura Tarifaria y del Modelo Financiero.

18.14.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La ANI niega que se haya afectado la Estructura Tarifaria y para tal efecto insiste en que no se ha materializado el riesgo de **elusión** y, en todo caso, las omisiones de la Concesionaria son las que han originado la no instalación y puesta en operación de la Caseta de Control Cocora, toda vez que no se entregaron oportunamente los insumos necesarios para modificar la Resolución No. 0175 de 2015.

18.14.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En primer orden, se impone la necesidad de establecer qué compone la estructura tarifaria, para que así determinada, se pueda identificar qué circunstancias fácticas la puedan afectar, para lo cual es necesario revisar el Contrato en su Partes General y Especial, los documentos contractuales tales como apéndices, modelo financiero (modelo al que debe hacerse una valoración si se puede considerar como documento contractual) y otrosíes, al tiempo que se debe analizar si ello se sujeta, o no, a lo previsto en la ley, en las regulaciones administrativas y/o en la jurisprudencia.

Sobre el particular, el artículo 5[187] de la Ley 1508 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, contempla que:

> *"El **derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto**, a recibir desembolsos de recursos públicos **o a cualquier otra retribución,** en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento".* (Negrillas fuera de texto).

A su vez, en la Resolución 00175 del 6 de febrero 2015 del Ministerio de Transporte y por el cual se emite **concepto vinculante y previo al establecimiento de una estación de peaje denominada "Peaje Cocora" y por el cual se establece la tarifa a cobrar en dicha estación,** al tiempo que se adoptaron otras disposiciones en relación con las estaciones de peaje existentes en el trayecto Girardot – Ibagué, pertenecientes al proyecto vial Girardot – Ibagué – Cajamarca denominadas "Gualanday" y "Chicoral", la cual previo a una serie consideraciones relacionadas con las competencias del Ministerio del Transporte, la ANI y la propuesta de la Sociedad futura GICA, resolvió:

---

[187] *Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015*

> ***"ARTÍCULO PRIMERO:*** *Emitir concepto vinculante previo favorable, para el establecimiento de (1) una estación de peaje, en el proyecto vial Segunda Calzada de la Vía Ibagué-Cajamarca, en sentido bidireccional que se denominará Peaje Cocora, el cual se ubicará en el sector denominado Valle del Cocora; así: vía Ibagué Cajamarca existente (Ruta 4003) entre el PR69+000 al PR70+000 y segunda calzada Ibagué-Cajamarca entre el K13+000 al K14+000."*

En el artículo segundo de la citada Resolución se estableció el cobro de las tarifas de peaje para la estación del Peaje Cocora, en forma bidireccional, sentido Ibagué – Cajamarca ubicada entre el K13+000 al K14+000 de la nueva segunda calzada entre Ibagué – Cajamarca, solo cuando se terminen las obras de la Unidad Funcional 1 correspondientes a Combeima – Valle del Cocora y de acuerdo con la categoría de vehículos que describe a continuación.

El Parágrafo segundo de la Resolución en cita señala que:

> *"El derecho a percibir la retribución por recaudo de peajes, procederá una vez se cumplan los presupuestos establecidos en el Contrato de Concesión que se suscribirá como consecuencia del trámite que surtió la iniciativa privada presentada por el originador Promesa de Sociedad Futura APP GICA S.A. de conformidad con la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios".*

En la Parte General del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 del 12 de febrero de 2015, Capítulo III, que refiere a los aspectos económicos del Contrato, en su numeral 3.1 dispuso, letra a), que para que Concesionario obtuviera ***el derecho a la retribución*** debía terminar la Unidad Funcional, para lo cual se tenía que suscribir la respectiva Acta. Ahora bien, si la terminación era parcial, contempló la posibilidad de una causación y pago de una compensación especial.

En su letra (b) estableció que dentro de las ***fuentes de donde la Concesionaria obtendría el pago de la Retribución*** o de la compensación especial, cuando fuera aplicable, está el ***"(i) Recaudo de Peajes".***

Luego en su letra (d) sobre la retribución del Concesionario –y de la Compensación Especial, cuando sea aplicable– señala que será calculada entre el Interventor y el Concesionario, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente al mes respecto del cual se calcula la retribución, para lo cual, entre el Interventor y el Concesionario, deberán consignar las bases de cálculo en las denominadas **Actas de Cálculo de la Retribución.**

> *"**(h) La Retribución total del Concesionario será la suma de la Retribución correspondiente a cada una de las Unidades***

Funcionales que componen el Proyecto. *(Negrillas fuera de texto)*

"(i) El Concesionario declara que conoce y acepta que la Retribución dependerá del Índice de Cumplimiento, el cual se deriva de la ponderación de los Indicadores."

En el numeral 3.4 que contiene lo relacionado a peajes, derecho de recaudo e ingresos por explotación comercial, se estipuló lo siguiente:

"(a) Se cederá al Concesionario ***la operación de las Estaciones de Peaje (el 'Derecho de Recaudo')*** *en la misma fecha de entrega de la infraestructura, salvo por las excepciones establecidas en la Parte Especial. (Negrillas fuera de texto).*

"(b) El Concesionario tendrá la obligación de llevar a cabo el Recaudo de Peaje de la totalidad de las Estaciones de Peaje del Proyecto cuando le sean entregadas por la ANI (…)"

[...]

"(g) En el caso en que por cualquier razón no imputable al Concesionario:

*(v)****No sea posible la instalación de cualquiera de las Estaciones de Peaje nuevas****; o (negrillas fuera de texto"*

(vi) Se imponga la instalación de las Estaciones de Peaje en ubicaciones distintas a las mencionadas en el Apéndice Técnico 1, se aplicarán las reglas de que trata la siguiente Sección 3.4(h).[188]

[188] *"(h) Las reglas a la que se refiere la Sección anterior serán:*

"(i) No se generará compensación alguna o Compensación por Riesgo a cargo de la ANI —sin perjuicio del eventual reconocimiento del VPIP dentro del Plazo Inicial del Contrato, si es del caso— por cualquiera de las circunstancias descritas en la Sección 3.4(g) durante los primeros noventa (90) Días siguientes:

> *"1. Para el evento al que se refiere la Sección 3.4(g)(i): El Día de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional —o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, según corresponda— dentro de la cual el Apéndice Técnico 1 contempla la instalación de la Estación de Peaje no instalada; o nueva ubicación.*
>
> *"2. Para el evento al que se refiere la Sección 3.4(g)(ii): El Día de la instalación o reinstalación de la Estación de Peaje en la nueva ubicación.*

"(ii) El cálculo del término aquí previsto será contabilizado de forma independiente para cada Estación de Peaje afectada.

"(iii) Si la situación descrita en la Sección 3.4(g) se mantiene por un término superior a noventa (90) Días, se causará a favor del Concesionario el derecho a la Compensación por Riesgo por el

acaecimiento del riesgo de menor Recaudo de Peaje en los términos descritos en las Secciones 3.4(h) y 3.2 de esta Parte General.

"(iv) El Valor del Riesgo Materializado será calculado mensualmente por la Interventoría a partir del Día (91) siguiente a la fecha en que el Apéndice Técnico 1 contemplaba la instalación de la Estación de Peaje tomando como base de cálculo el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1 —determinado de acuerdo con lo establecido en la Sección 3.4(h) v- y:

> *"(1) Para los casos descritos en la Sección 3.4(g)(i): El Día de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional —o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, según corresponda— dentro de la cual el Apéndice Técnico 1 contempla la instalación de la Estación de Peaje no instalada; o*
>
> *"(2) Para los casos descritos en la Sección 3.4(g)(ii): El Recaudo de Peaje de la Estación de Peaje afectada en dicha Sección.*

"(v) Para determinar el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1, con anterioridad al cumplimiento del término indicado en la Sección 3.4(h)(iii), el Concesionario deberá instalar en la ubicación original de la Estación de Peaje afectada, a su entero costo y riesgo, un equipo de conteo de tráfico con las características descritas en el Apéndice Técnico 2. El Interventor verificará y certificará que el equipo de conteo de tráfico es adecuado para los fines previstos y que los conteos hechos corresponden a la realidad del tráfico de vehículos.

"(vi) Del cálculo realizado de acuerdo con la Sección 3.4(h)(iv) se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo o en su modificación correspondiente, suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes al vencimiento mensual de que trata la Sección 3.4(h)(iv) de este Contrato o una vez finalicen los eventos descritos Sección 3.4(g), lo que primero ocurra.

"(vii) En caso de existir diferencias entre las Partes, éstas acudirán al Amigable Componedor para que resuelva la controversia.

"(viii) Una vez establecida la diferencia a la que hace referencia la Sección 3.4(h)(iv) se procederá a verificar la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos, así:

> *"(1) Suficiencia de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;*
>
> *"(2) De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;*
>
> *"(3) De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;*
>
> *"(4) De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;*
>
> *"(5) De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f)de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral.*

"(ix) Calculado el Valor del Riesgo Materializado y determinada la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos de que trata la Sección 3.4(h)(viii) anterior, deberá suscribirse el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo en los términos establecidos en la Sección 3.2. de esta Parte General, y será por cuenta y riesgo del Concesionario la obtención o no de dicho Valor del

En su letra (i) dispone lo siguiente:

> *"(i) Si el Ministerio de Transporte o la entidad que resulte competente para fijar las tarifas de Peaje decide i) modificar dichas tarifas, ii) crear exenciones o tarifas especiales para ciertos usuarios,* ***o iii) de cualquier otra forma afectar la estructura tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje****, se aplicarán las siguientes reglas" Negrillas fuera de texto"*
>
> (iii) *Para cada trimestre de ejecución del Contrato se deberá calcular, entre el Interventor, el Supervisor y el Concesionario, la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse aplicado la estructura tarifaria (debidamente indexada) prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje correspondiente a las modificaciones adoptadas por el Ministerio de Transporte, de lo cual se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes a la terminación de dicho trimestre. En caso de existir diferencias entre las Partes, éstas acudirán al Amigable Componedor para que resuelva la controversia.*
>
> (iv) *El valor resultante derivado del menor Recaudo de Peaje deberá ser compensado, así:*
>
> *"(1) Al traslado a la Cuenta Proyecto de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;*
>
> *"(2) De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;*
>
> *"(3) De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el*

Riesgo Materializado en las condiciones pactadas en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo.

"(x) Estos recursos así compensados por la ANI, se tendrán en cuenta como parte del Recaudo de Peaje, para todos los efectos previstos en este Contrato, entre ellos —pero sin limitarse— para el cálculo del VPIP."

> *trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;*
>
> *"(4) De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;*
>
> *"(5)* ***De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General,*** *sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral." (Negrillas fuera de texto).*

De otra parte, el Contrato al asignar los riesgos, en el numeral 13.3, al señalar los riesgos a cargo de la ANI, dispuso lo siguiente:

> *"Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados a la ANI, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices y Anexos):*
>
> *"(e)* ***Los efectos desfavorables de*** *modificaciones a las tarifas previstas en la Resolución de Peaje, la implementación de tarifas diferenciales en las Estaciones de Peaje existentes y/o nuevas Estaciones de Peaje, en las vías que hacen parte del Proyecto o, en general,* ***cualquier cambio en la estructura tarifaria prevista en la Resolución de Peaje (sic)*** *Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General".*(Negrillas fuera de texto original)

En el numeral 4.2 de la **Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el esquema APP No. 002 del 12 de febrero de 2015,** se prevé en la letra a) que:

> **"***Para efectos de lo dispuesto en la Sección 1.138 de la Parte General, y de acuerdo con lo establecido por la Resolución No. 0000175 del 6 de febrero de 2015,* ***la estructura tarifaria que regirá el Proyecto estará compuesta por las siguientes tarifas: (Negrillas fuera de texto)***

> *'i. Una vez se terminen las obras de la Unidad Funcional 1 o cuando se cumplan los supuestos del numeral 3.7 de esta Parte Especial,* ***se instalará el peaje de Cocora y una caseta de control.*** *Las tarifas iniciales de estos peajes, expresadas en pesos de Mes de Referencia, serán las siguientes […]".* (Negrillas fuera de texto)

A continuación, señala por categorías y descripción correspondiente a aquéllas, los valores o las tarifas que los usuarios deben sufragar para la nueva estación de peaje Cocora y agrega que:

> *"ii. Una vez se suscriba el Acta de Terminación de las Unidades Funcionales 1 y 2 y se reciba la infraestructura correspondiente a la UF3 en los términos dispuestos en la Sección 3.9(c) de esta Parte Especial, lo cual se estima* ***ocurra el 1° de febrero del año 2025, se cobrarán las siguientes tarifas (en pesos del Mes de Referencia)*** *por categorías inmediatamente al mes siguiente […]* Estas tarifas incluyen el monto correspondiente al Fondo de Seguridad Vial*".* (Negrillas fuera de texto).

Y de nuevo, dispone por categorías las tarifas que los usuarios de los peajes de Gualanday, Chicoral y nueva caseta de Cocora, deberían pagar por el uso de la vía a partir del 1º de febrero de 2025, fecha en la cual se recibiría por parte de la ANI y esta de la Concesión 007 de 2007 los peajes de la Unidad Funcional 3 existentes Gualanday y Chicoral. Nótese que el incremento[189] previsto desde ya para la nueva estación de Peaje Cocora, así como las fórmulas para determinar entre otros, ajustes a la centena más cercana de las tarifas así como para calcular la retribución.

En el numeral 14 del **Otrosí No. 1 del 16 de octubre de 2016 al Contrato de Concesión** en relación con la operación y mantenimiento anticipado del corredor existente Girardot-Ibagué-Cajamarca", se señaló que

> *"[…]* ***Con el fin de garantizar el recaudo y evitar la elusión de peaje en el tramo Coello Cocora — Boquerón de la vía existente****, la Concesionaria deberá instalar a su cuenta y riesgo una caseta de control adicional a la nueva Estación de Peaje Cocora, que iniciará su operación una vez se termine la UF2. Dicha caseta deberá ubicarse dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará y deberá cumplir todas las*

[189] *A continuación el literal b dispone que "Considerando que la entrada en operación de la nueva caseta asociadas a las Unidad Funcional 1, puede no coincidir con el inicio del año calendario, para la primera actualización de las tarifas señaladas en el numeral anterior, se aplicará lo establecido en los literales c) y d) de este numeral* ***utilizando el IPC entre la fecha de referencia de las tarifas (2012) y el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia del cobro de dichas tarifas****. Para el caso de la segunda y posteriores actualizaciones, de estas tarifas, aplicará lo establecido en los literales c) y d) del presente numeral. '(c) El valor de las Tarifas se ajustará de acuerdo con el incremento del IPC y aplicando la siguiente fórmula de ajuste […]"* (Negrillas fuera de texto).

> *especificaciones previstas en el contrato y sus anexos".* (Negrillas fuera de texto).

En la ***cláusula tercera*** se determinó, como se ha señalado varias veces, que la instalación de la nueva caseta de peaje y pesaje "Cocora" en sentido Ibagué-Cajamarca iniciaría su operación una vez se suscribiera el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1 y que **la estación de peaje y pesaje en sentido Cajamarca-Ibagué sería instalada e iniciaría su operación una vez se terminara la UF2 y se suscribiera el Acta de Terminación de esta UF.**

Adicionalmente se pactó que *"el **Concesionario instalará a su cuenta y riesgo una caseta de control de peaje en la vía existe (sic) dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 175 del 6 de febrero de 2015 la cual de ser necesario se modificará, y que deberá cumplir todas las especificaciones previstas en el contrato y sus anexos".*** (negrillas y subrayado fuera de texto).

Con la Clausula Séptima del Otrosí No. 1, se modificó la sección 3.7 de la Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015 para lo cual se acordó que:

> *"[…] El proyecto contará con tres (3) Estaciones de Peaje, dos (2) existentes y una (1) nueva, las cuales serán entregadas o instaladas según se describe a continuación […]"*
>
> *(…)*
>
> *"b. La nueva Estación de Peaje de Cocora será instalada por el Concesionario de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Apéndice Técnico 1.*
>
> *"El recaudo de la Estación de Peaje de Cocora, comenzará a efectuarse al día siguiente a la fecha de la firma del Acta de Terminación de la Unidad Funcional Uno."*

Del mismo modo, la Cláusula Octava del citado Otrosí No. 1 modificó los aspectos económicos previstos en la Sección 4.1, de la Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015 y dispuso que quedará así:

> *"Porcentaje de Participación de las Unidades Funcionales Como se describe en el Apéndice Técnico 1, el Proyecto está dividido en Tres (3) Unidades Funcionales, a la cuales se les asigna el siguiente porcentaje de participación en el Proyecto (dependiendo de los ingresos que recaude la Concesionaria), para efectos del cálculo de la Retribución para cada Unidad Funcional. A partir de la terminación de la **Unidad Funcional 1** (**15 de abril de 2020**) hasta la entrega del sistema vial existente Girardot Ibagué Cajamarca cuya fecha está prevista para el **31 de diciembre de 2021, la retribución la Concesionaria***

estará conformada por los ingresos de la Estación de Peaje Cocora instalada en un solo sentido (Ibagué — Cajamarca*) y se distribuirá para cada las Unidades Funcionales así […]"* (Negrillas fuera de texto)

Unidad Funcional	*Porcentaje de Participación 2020*	*Porcentaje de Participación 2021*
1	*100%*	*100%*
2	*0%*	*0%*
3	*0%*	*0%*

"El 1° de enero del año 2022 *es la fecha estimada en la que se entregará por parte de la ANI al Concesionario APP GICA los Peajes Existentes Gualanday y Chicoral.* ***La retribución para cada unidad funcional está conformada por los ingresos de la Estación de Peaje Cocora en un solo sentido y los ingresos de las Estaciones de Peajes Chicoral y Gualanday*** *con las tarifas vigentes a la fecha, las cuales serán indexadas anualmente. (Negrillas fuera de texto).*

Unidad Funcional	*Porcentaje de Participación 2022*	*Porcentaje de Participación 2023*	*Porcentaje de Participación 2024*
1	*76.01%*	*76.01%*	*76.01%*
2	*0%*	*0%*	*0%*
3	*23.99%*	*23.99%*	*23.99%*

Posteriormente, agrega que, ***a partir del 15 de abril de 2024,*** fecha en la cual se había previsto la entrega de la entrega de la Unidad Funcional 2, la retribución para cada unidad funcional, estaría conformada por el incremento de tarifas de las Estaciones de Peajes Chicoral y Gualanday contemplado en la Resolución No. 0000175 de 6 de febrero de 2015 expedida por el Ministerio de Transporte y del cobro en doble sentido de la Estación de Peaje Cocora (Nueva) y allí se lee que los porcentajes de participación por cada unidad funcional sería del 41.5% para la 1, para la 2 sería 45.4% y para la 3 del 13.1% que sumadas se completaría un 100%del total de los peajes de las 3 unidades funcionales del proyecto.

En el considerando No. 14 del **Otrosí No. 3 del 23 de agosto de 2019 al Contrato de Concesión** se lee que el Concesionario presentó a la *Agencia "(…) ajustes a la propuesta para llevar a cabo el adelantamiento de la inversión de la Calzada Derecha de los Subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 2 (…)* ***fijando como*** *fecha máxima de inicio de construcción de las obras el 15 de abril de 2020 y* ***su finalización a más tardar el 31 de diciembre de 2021*** *(…)".* (Negrillas fuera de texto).

Y además propone:

> ***"3. Recaudo de las Tarifas de la Estación Peaje Cócora (sic)-Sentido Cajamarca-Ibagué (Enero de 2022-Abril de 2024):***
>
> *"Las tarifas de Peaje que se recauden entre el 1 de enero de 2022 y el 15 de abril de 2024 en la Estación de peaje Cócora (sic)-sentido Cajamarca-Ibagué serán depositadas en la Subcuenta de Excedentes ANI y tendrán como destino, en conjunto con sus rendimientos, el pago de las obras adicionales que se lleguen a contratar según las previsiones contenidas y pactadas en el Acta de Entendimiento de fecha 10 de octubre de 2016, vale decir, las correspondientes al Mejoramiento del denominado Tramo 5 del corredor vial existente Ibagué-Cajamarca".*
>
> (…)
>
> "En el numeral 6º *Costo de la Operación del Peaje Cócora (sic) -Sentido Cajamarca-Ibagué (6% Ingresos Peaje+Iva*) de la propuesta, el Concesionario plantea que:
>
> *"Las actividades de recaudo, transporte y custodia de las tarifas de Peaje de la Estación Cócora (sic) (sentido Cajamarca-Ibagué) que adelante el Concesionario entre la fecha de instalación de esta Estación de Peaje, esto es, 1 de enero de 2022 y el 15 de abril de 2024 le serán reconocidas y pagadas por la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI en cuantía equivalente al 6% + IVA del valor total del recaudo de cada mes, conforme fue definido en la Etapa de Estructuración del Proyecto (…)".*

En el considerando 24 se lee que el recaudo obtenido entre el **1º de enero de 2022** y el 12 de abril de 2024 en la Estación de Peaje Cocora en Sentido Cajamarca-Ibagué, incluyendo el recaudo de la Caseta de Control en ese sentido, no hará parte del VPIP previsto en el Contrato ni de la Retribución del Concesionario, y que por ello serían destinadas a las Subcuentas ANI del proyecto.

Sin embargo, en el considerando 26 se señala que del recaudo de peaje de la Estación Cocora (sentido Cajamarca-Ibagué) durante el periodo comprendido entre el **1º de enero de 2022** y el 14 de abril de 2024 se le reconocerá al Concesionario **"Por concepto de administración"** (*recaudo, trasiego y custodia*) del mismo en ese sentido, un equivalente al 6% más IVA de todo el recaudo mensual.

Por lo tanto (Considerando 27), lo obtenido por el recaudo por la nueva caseta de peaje Cocora y su caseta de control menos el 6% más IVA por las actividades de administración, pasarán a la Subcuenta Cajamarca-Ibagué peaje Cocora, que

harán parte de la Subcuenta de Excedentes ANI y se sujetará a las reglas previstas en el Contrato.

En el considerando 37, se hizo referencia a las comunicaciones (*ANI No. 2019-409-070688-2 del 11 de julio de 2019* que complementa la *No. 2019-409-065505-2 del 26 de junio de 2019*) de la Interventoría CONSULTÉCNICOS[190], en las cuales se pronunció frente al tema financiero y, en concreto, sobre los Riesgos y sobre los Mecanismos de Compensación de éstos, a lo cual se agregan las estipulaciones convenidas en el Otrosí No. 3 con el propósito de modificar las cláusulas segunda y tercera del Otrosí No. 1.

De ello resulta claro que el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP de iniciativa privada en estudio, sin recursos del Presupuesto General de la Nación, fue estructurado a partir de ingresos que tienen su origen principal y sustancial en el cobro de peajes por el uso de la infraestructura que se pondría a disposición de los usuarios, por lo cual, en últimas, el valor de las inversiones realizadas en la infraestructura –CAPEX– y los recursos necesarios para cubrir su operación y mantenimiento en determinado tiempo –OPEX– encuentran finalmente su remuneración a través del cobro de los peajes y su recaudo que la Concedente le cede al Concesionario por el tiempo y en los términos pactados.

Según ya se ha expuesto, en definitiva, el recaudo de los peajes en la forma propuesta, aceptada y finalmente acordada, previa entrega de las estaciones de peaje, pesaje y control o de la construcción de las mismas, resulta sustancial para garantizar la obtención de los ingresos requeridos para la inversión, operación y mantenimiento del proyecto conforme a su estructura tarifaria y financiera; por ello, al presentar una situación como la que es objeto de examen que altera la estructura que origina los recursos, de contera rompe el equilibrio financiero del Contrato.

---

190 *"La estructura del contrato de concesión de iniciativa privada sin desembolso de recursos de carácter público conlleva la asunción exclusiva del Concesionario de la financiación del proyecto. La financiación del proyecto se obtiene a partir de una estructura de ingresos que tiene su origen principal y sustancial en el cobro de peajes por el uso de la infraestructura. El valor de las inversiones a acometer, su operación y mantenimiento en un tiempo determinado son remuneradas a través de cobro de los peajes y su recaudo, distribuyendo los ingresos entre la Nación y el Concesionario, según los términos que se pacten. De ahí que al momento de presentarse una situación que altere la estructura que origina los recursos, el contrato se encuentre en riesgo. Al ser el peaje de una tasa, es decir, una especie del género de los tributos, su imposición, regulación y usufructo le corresponde a la Nación, aunque su recaudo, pueda delegarse en un privado. De ahí que, si el Estado no puede garantizar bajo el imperio de la ley, el cobro del tributo por no ser reconocido por la comunidad, deba asumir este riesgo y las consecuencias asociadas al mismo. En este caso debe tenerse en cuenta que el Contrato contempla que la estructura de peajes remunera las inversiones para la totalidad de las unidades funcionales, no existe una distinción respecto a la remuneración de una obra, sector o unidad funcional. Por lo tanto, al no contar con la disponibilidad de los recursos, se afecta la ecuación económica del contrato. Es por esto, que la cláusula 3.2 del Contrato de Concesión, parte general, regula los mecanismos para compensar este tipo de riesgos. Ante el posible riesgo asociado a la instalación del Peaje mencionado, debe tenerse en cuenta que los mecanismos contenidos en los romanitos (ii) y (iv) no podrían ser objeto de aplicación y que dadas las condiciones actuales del proyecto y la afectación a la continuidad de las obras de la unidad funcional 2, el mecanismo del romanito (i) tampoco sería viable dado que los Excedentes de presentarse no serían suficientes para compensar el ingreso dejado de percibir por la no instalación del peaje en cuestión. Dejando como posible alternativa la aplicación del romanito (iii) Modificación del Alcance del Proyecto para compensar el riesgo, lo cual afectaría precisamente a los usuarios y a la comunidad y por ende a sus actividades económicas, si el proyecto no se completa su funcionalidad sería reducida contrario a los fines que busca este tipo de políticas públicas".*

En consecuencia, por todo lo expuesto el Tribunal considera que hay lugar a estimar la pretensión décima cuarta, con la precisión de que la no instalación y puesta en operación de la Caseta de Control Cocora ha generado la afectación de la Estructura Tarifaria del Proyecto.

18.15.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA QUINTA

La pretensión décima quinta es del siguiente tenor:

> ***"DÉCIMA QUINTA.-*** *Se declare que el compromiso asumido por el Gobierno Nacional, representado por el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- de crear exenciones y tarifas especiales para ciertos usuarios, igualmente* ***genera las consecuencias que regla el numeral 3.4(i) del Contrato de Concesión".***

18.15.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Argumentó la Convocante que, si el Ministerio de Transporte o la entidad competente decide modificar las tarifas de peaje o crear exenciones o tarifas especiales y, en general, afectar la Estructura Tarifaria, deben aplicarse las consecuencias establecidas en el numeral 3.4. (i) de la Parte General del Contrato de Concesión, consecuencias que deben operar en el presente asunto en razón de las decisiones de la Entidad Concedente que han afectado la Estructura Tarifaria del Proyecto objeto de este proceso.

18.15.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada sostuvo que esta pretensión debe ser denegada toda vez que no existe en el expediente prueba alguna de que se hayan implementado exenciones de peaje o tarifas diferenciales.

18.15.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

De acuerdo con las estipulaciones de las Partes, las cuales aparecen incorporadas en el Contrato de Concesión, en el numeral 13.3 de la Parte General se pactó lo siguiente:

> "Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados a la ANI, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices y Anexos):"
>
> (…)
>
> "(e) *Los efectos desfavorables de* modificaciones a las tarifas previstas en la Resolución de Peaje, la implementación de tarifas

> diferenciales en las Estaciones de Peaje existentes y/o nuevas Estaciones de Peaje, en las vías que hacen parte del proyecto o, en general, cualquier cambio en la estructura tarifaria prevista en la Resolución de Peaje. Para Efectos de Compensar el valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General."

A su vez, cuando se presentaran modificaciones de las tarifas de peaje, se crearan exenciones y, en general, de cualquier forma se llegara a la afectación de la Estructura Tarifaria, deben aplicarse las previsiones de la Cláusula 3.4. (i) del Contrato de Concesión, la cual es del siguiente tenor:

> *"(a).- Si el Ministerio de Transporte o la entidad que resulte competente para fijar las tarifas de Peaje decide i) modificar dichas tarifas, ii) crear exenciones o tarifas especiales para ciertos usuarios, o iii) de cualquier otra forma afectar la estructura tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje, se aplicarán las siguientes reglas:*
>
> *"(i).- Para cada trimestre de ejecución del Contrato se deberá calcular, entre el Interventor, el Supervisor y el Concesionario, la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse aplicado la estructura tarifaria (debidamente indexada) prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje correspondiente a las modificaciones adoptadas por el Ministerio de Transporte, de lo cual se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes a la terminación de dicho trimestre. En caso de existir diferencias entre las Partes, éstas acudirán al Amigable Componedor para que resuelva la controversia.*
>
> *"(ii).- El valor resultante derivado del menor Recaudo de Peaje deberá ser compensado, así:*
>
> *"(1).- Al traslado a la Cuenta Proyecto de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;*
>
> *"(2).- De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección* ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*** *de esta Parte General;*

"(3).- De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;

"(4).- De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*** *de esta Parte General;*

"(5).- De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*** *anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección* ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.****, que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección* ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*** *de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral.*

"(ii).- Calculado el Valor del Riesgo Materializado y determinada la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos de que trata la Sección 0 anterior, deberá suscribirse el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo en los términos establecidos en la Sección ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.****. de esta Parte General, y será por cuenta y riesgo del Concesionario la obtención o no de dicho Valor del Riesgo Materializado en las condiciones pactadas en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo.*

"(iii).- Estos recursos así compensados por la ANI, se tendrán en cuenta como parte del Recaudo de Peaje, para todos los efectos previstos en este Contrato, entre ellos –pero sin limitarse– para el cálculo del VPIP".

Como atrás se señaló, el compromiso asumido por el Gobierno Nacional, representado por el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- de crear exenciones y tarifas especiales para ciertos usuarios, se concretó mediante la expedición de la Resolución 20233040001025 de 2023, expedida por el Ministerio de Transporte, con la cual, en principio, se pudo haber materializado el riesgo a cargo de la ANI contemplado en la Cláusula 13.3 literal e) del Contrato de Concesión.

En efecto, la Resolución establece tarifas diferenciales en la estación de Peaje Cocora para vehículos de categorías I, II y III de los habitantes del Municipio de Cajamarca, de algunas veredas del Municipio de Ibagué, y para los vehículos que presten el servicio de transporte entre los Municipios de Ibagué-Cajamarca y viceversa.

Tal y como lo señala expresamente la Resolución y lo admitió la ANI, en su alegato de conclusión, ese mismo acto prevé que con motivo de la creación de las tarifas diferenciales en favor de algunos de los usuarios de la vía concesionada, afecta la estructura tarifaria y ello genera una disminución del recaudo en el Peaje Cocora que debe ser compensado para lo cual señala el quantum de la misma y determina por lo tanto que se deben aplicar los mecanismos previstos en el Contrato de Concesión y que si ellos son insuficientes, que puede modificarse el Contrato para resolverlo.

En efecto, en las consideraciones expuestas en la Resolución No. 20233040001025 de 2023 se analizaron los riesgos de la aplicación de las tarifas diferenciales, se evaluó la suficiencia de los mecanismos de compensación contemplados en el contrato de concesión y se concluyó que el valor estimado de materialización del riesgo es de $2.653.525.333, el cual puede ser solventado con los dineros consignados en la subcuenta de excedentes. No obstante, en caso de que no sea suficiente el monto que se encuentra en la subcuenta de referencia para compensar la materialización del riesgo, por haber disminuido el recaudo, se debe seguir con el mecanismo previsto en dicha Resolución.

De conformidad con lo anterior, la Convocada reconoció que la Resolución señala que "***se cuenta con un valor estimado de materialización de riesgos de $2.653.525.333 pesos corrientes, el cual se espera ser compensado mediante la subcuenta de Excedentes que se estima contar con un recaudo anual de $6.518.480.353 pesos corrientes, lo que permite establecer una posible suficiencia en el primer mecanismo de compensación.*** *Finalmente, en dado caso que se presente una disminución de recaudo en el peaje Cocora sentido Cajamarca –Ibagué se cuenta con el soporte de usar el mecanismo 'Aumento del valor presente de Recaudo de Peaje –VPIPr, lo que permitirá asumir los efectos económicos generados por la materialización del riesgo tarifario, como consecuencia de otorgar el beneficio de Tarifa Diferencial en la estación de peaje Cocora en las Cat. I con 1100 cupos, Cat. II con 300 cupos y Cat. III con 100 cupos para los habitantes de los municipios de Cajamarca y las veredas Coello Cocora, Perico, La Esmeralda, El Tambo, Gamboa, Morro chusco y Curalito de Ibagué y para los vehículos habilitados por el Ministerio de Transporte para la prestación del servicio público de transporte.(…)' .*

Inclusive, el artículo 4 de la citada Resolución determina que "*La Agencia Nacional de Infraestructura deberá proponer con suficiente antelación al Ministerio de Transporte una modificación y/o redistribución de los pasos y/o un incremento del valor de las tarifas y demás condiciones previstas en la presente Resolución, cuando advierta amenaza de insuficiencia de alguno de los mecanismos de*

compensación contemplados en el Contrato de Concesión No 002 de 2015 que pueda impactar el equilibrio financiero del mismo, en tal evento, la Agencia Nacional de Infraestructura solicitará de manera oportuna e inmediata por escrito al Ministerio de Transporte la modificación correspondiente."

También la propia ANI señaló que Resolución prevé que si no es suficiente este mecanismo, se emplearan los demás contemplados en el Contrato, y como última medida, se modificará el Contrato de Concesión No 002 de 2015 si se advierte la insuficiencia de los mecanismos de compensación contemplados.

Ello significa que sí se produjo un acto administrativo que creó unas tarifas diferenciales y el mismo acto estimó el quantum del menor valor del recaudo del peaje Cocora, por lo cual se debe concluir que ya ha sido estimado por el propio Ministerio de Transporte y consta en el mismo acto administrativo que fija las tarifas diferenciales cuando prevé el impacto de la medida.

Distinto es que tal mecanismo se esté aplicando, por cuanto el mencionado acto administrativo advierte que las tarifas diferenciales en la estación de peaje Cocora serán implementadas una vez se fijen los requisitos para acceder al beneficio y ello no ha ocurrido.

En tal virtud, no obstante la fijación de la tarifas diferenciales, en la medida en que no se han establecido los requisitos para acceder al beneficio, tales tarifas no se están aplicando y así lo reconoce el dictamen pericial aportado por la Convocante. Por lo tanto, aunque ya se ha estimado el monto del valor de la compensación, en la medida en que no se ha disminuido el valor real del recaudo por el concepto objeto de análisis, no se ha materializado el riesgo contemplado en el Contrato a cargo de la ANI, y por lo mismo, por este aspecto, no hay lugar a activar los mecanismos de compensación.

En consecuencia, se negará esta pretensión.

18.16.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA SEXTA

El texto de la pretensión décima sexta es el siguiente:

> ***"DÉCIMA SEXTA:*** *Se declare que al tenor de lo dispuesto por el numeral 3.4(i)-(i) ante la ocurrencia de cualquiera de las hipótesis por el mismo reguladas; vale decir: (i) modificar dichas tarifas, ii)* ***crear exenciones o tarifas especiales para ciertos usuarios, o iii) de cualquier otra forma afectar la estructura tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje (…),*** *se acordó que:*
>
> *"Para cada trimestre de ejecución del Contrato se deberá calcular, entre el Interventor, el Supervisor y el Concesionario, la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse aplicado la estructura tarifaria (debidamente*

indexada) prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje ***correspondiente a las modificaciones adoptadas por el Ministerio de Transporte****, de lo cual se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes a la terminación de dicho trimestre. (…)"*

18.16.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Manifestó la Convocante que, teniendo en cuenta que las actuaciones tanto del Ministerio de Transporte como de la ANI, se ha producido una elusión en el pago de las tarifas de peaje en la Estación de Cocora por parte de los grupos de usuarios del Sistema Vial GICA que, para trasladarse de Ibagué a Cajamarca y sitios intermedios utilizan el antiguo Tramo Nacional existente entre Ibagué y Cajamarca (Ruta 4003).

Así las cosas, añadió que mediante Comunicación No. APP-GICA-BG-2022-0422 de 11 de abril de 2022 le solicitó a la ANI ordenarle a la Interventoría del Proyecto proceder, en conjunto con el Supervisor del Contrato y APP GICA S.A., a *"establecer la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido por haberse aplicado la estructura tarifaria prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje y se deje constancia de ello en un Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo".*

18.16.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada manifestó no oponerse. No obstante, aclaró al Tribunal que la afectación de la Estructura Tarifaria es inexistente, toda vez que *"existen los presupuestos para que ello ocurra, aunado al hecho que la Concesionaria NO entregó oportunamente los insumos para solicitar ante el Ministerio de Transporte la modificación de la Resolución 175 de 2015, aspecto que no depende de la Entidad y escapa de su esfera de competencia frente a las demoras por la Concesión frente a ese aspecto",* motivo por el cual, se remitió a lo expresamente pactado en la Cláusula 3.4.(i)-(i) de la Parte General del Contrato de Concesión y en el Otrosí No. 1 en lo correspondiente.

18.16.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Teniendo en cuenta que no existe oposición del extremo Convocado frente a esta pretensión y que ella no hace nada diferente que reproducir lo pactado por las Partes en la Cláusula 3.4.(i)-(i) de la Parte General del Contrato de Concesión, el Tribunal encuentra que tiene vocación de prosperidad dicha declaración, sin que ello implique consideraciones distintas en cuanto al contenido y alcance de dicha estipulación.

18.17.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA

> ***"DÉCIMA SÉPTIMA.-*** *Se declare que el menor valor del Recaudo de Peaje deberá ser compensado mediante la aplicación, en su orden, de los cinco (5) mecanismos regulados por el literal (ii) de la aludida estipulación contractual; según sigue:*
>
> *"El valor resultante derivado del menor Recaudo de Peaje deberá ser compensado, así:*
>
> ***"(1).-*** *Al traslado a la Cuenta Proyecto de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;*
>
> ***"(2).-*** *De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;*
>
> ***"(3).-*** *De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;*
>
> ***"(4).-*** *De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;*
>
> ***"(5).- De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral".***

18.17.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Indicó la Convocante que ante un menor valor resultante del recaudo de peaje este deberá ser compensado mediante la aplicación de los mecanismos previstos para

tal efecto en la Cláusula 3.4.(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión, aplicación que debe realizarse en el orden allí pactado.

18.17.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada se opuso en el sentido de indicar que los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos previstos en el Contrato de Concesión, se encuentran regulados en la Cláusula 3.4 (i)-(ii) de la Parte General del citado Contrato; sin embargo, insistió que la fecha pactada para la instalación y puesta en funcionamiento de la Caseta de Control de Peaje Cocora, de acuerdo con lo pactado por las Partes en el Otrosí No. 3, no se ha cumplido.

18.17.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal, por considerar que la pretensión está encaminada a que el Tribunal declare lo que ya está pactado por las Partes en la Cláusula 3.4.(i)-(i) de la Parte General del Contrato de Concesión, estima que hay lugar a acceder a ella, sin que ello implique consideraciones distintas en cuanto al contenido y alcance de dicha estipulación.

18.18.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA OCTAVA

La pretensión décima octava es del siguiente tenor:

> ***"DÉCIMA OCTAVA.-*** *Se declare que el primer (1) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 resulta de imposible aplicación, desde luego que en la Subcuenta de Excedentes ANI no existe en la actualidad recurso alguno".*

18.18.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

La Convocante manifestó que el *"primer mecanismo"* contenido en la Cláusula 3.4 (i)-(ii)-(1) de la Parte General del Contrato de Concesión *"se concreta en acudir a los recursos existentes en la Subcuenta de Excedentes ANI con el designio de cubrir el faltante".* No obstante, afirmó que en la Subcuenta de Excedentes ANI no existe recurso alguno, toda vez que para su aplicación se hacen necesario de la aplicación de sanciones a la Concesionaria.

18.18.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La ANI se opone a la prosperidad de esta pretensión, en el sentido de manifestar que no es cierto que dicho mecanismo sea de imposible aplicación, toda vez que pueden llegar a existir excedentes en la Subcuenta de Excedentes ANI que eventualmente compensen posibles riesgos contractuales.

18.18.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Las Partes aceptan que en la Subcuenta de Excedentes ANI no existen recursos que permitan dar aplicación a lo previsto en la estipulación en comento en lo que atañe al primer mecanismo de compensación del riesgo, por lo cual el Tribunal encuentra viable acceder a su declaratoria.

18.19.- LA PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA

> ***"DÉCIMA NOVENA.-*** *Se declare que el segundo (2) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 no ha sido adoptado de manera clara, expresa y definitiva por el Ministerio de Transporte y/o la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–"*

18.19.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Adujo la Convocante que la adopción del *"segundo mecanismo"* es inaplicable, toda vez que la ANI es quien debe pregonarlo, pues como se ve en la Cláusula 3.4(i)-(ii)-(2) *"la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección* ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*** *de esta Parte General",* de manera que la ANI, ante una materialización de riesgo en los términos indicados en la Cláusula, deberá proceder con la *"evaluación de la posibilidad de aumentar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje de Gualanday, Chicoral y Cocora."*

18.19.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

El extremo pasivo de la litis se opuso y para ello manifestó que no existe riesgo materializado en el Contrato de Concesión, de manera que no se ha dado la posibilidad de aplicación de este mecanismo de compensación.

18.19.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Estima el Tribunal que al no existir elementos de juicio que permitan concluir que el mecanismo de compensación de riesgo previsto en la Cláusula 3.4(i)-(ii)-(2) se encuentra en aplicación, esto es, que se haya evaluado por parte de la ANI la posibilidad de incrementar la Estructura Tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en la Parte Especial del Contrato de Concesión o, la instalación de nuevas Estaciones de Peaje de acuerdo con lo señalado en la Sección 3.2. (g) (ii) de esta Parte General del citado Contrato, se debe abrir paso esta pretensión, sin que ello implique consideraciones distintas en cuanto al contenido y alcance de dicha estipulación.

18.20.- LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA

El texto de la pretensión vigésima es el que aparece a continuación:

> ***"VIGÉSIMA.-*** *Se declare que el tercer (3) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 no fue actuado con anterioridad a la radicación de la presente demanda por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–".*

18.20.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Señaló la Convocante que no hay lugar a dar aplicación al *"tercer mecanismo"* de compensación, pues como lo dispone la estipulación en comento, si el *"primero"* y el *"segundo mecanismo"* no son plausibles, la ANI procederá a revisar el alcance de las Unidades Funcionales a fin de *"eliminar de las mismas, las intervenciones y actividades de operación y mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la ley".*

18.20.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

En el mismo sentido que las pretensiones que preceden, el extremo Convocado se opuso a la prosperidad de esta pretensión por no haberse dado la posibilidad de aplicación de este mecanismo de compensación.

18.20.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal encuentra viable acceder a la pretensión vigésima, puesto que no se encuentra probado que el *"tercer mecanismo"* previsto en la Cláusula 3.4(i)-(ii)-(3) de la Parte General del Contrato de Concesión haya sido aplicado con el fin de compensar el valor del riesgo materializado y, como se ha manifestado previamente, ello no implica consideraciones distintas en cuanto al contenido y alcance de dicha estipulación.

18.21.- LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA PRIMERA

> ***"VIGÉSIMA PRIMERA.-*** *Se declare que el cuarto (4) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 resulta insuficiente para compensar el valor del desbalance entre los ingresos por peaje que se habrían obtenido comparados con aquellos que la Concesionaria está embolsando y embolsará en el futuro".*

18.21.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Expresó la Concesionaria que el *"cuarto mecanismo"* es insuficiente financieramente para subsumir el faltante actual y el esperado en la proyección del tiempo de duración de la concesión, dado que como lo consagra la Cláusula 3.4(i)-(ii)-(4), dicho mecanismo tiene por objeto "*determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la*

Sección ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*** *de esta Parte G eneral".*

18.21.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada se opuso y para ello aclaró que dicho mecanismo de compensación sólo podrá aplicarse en el evento en el que se haya materializado el riesgo, lo cual no ha ocurrido.

18.21.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Toda vez que no hay elementos de juicio que permitan concluir que materializado el riesgo de la elusión y el riesgo de menor recaudo de peajes por circunstancias no imputables al Concesionario, según se dejó ampliamente expuesto, se haya dado aplicación al *"cuarto mecanismo"* contenido en la Cláusula 3.4(i)-(ii)-(4) de la Parte General del Contrato de Concesión, el Tribunal considera que debe accederse a la pretensión, con la aclaración de que dicha consideración sólo se refiere al contenido y alcance de la estipulación en cita.

18.22.- LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA

Así se formuló la pretensión vigésima segunda:

> ***"VIGÉSIMA SEGUNDA.-*** *Se declare que como consecuencia del despacho favorable de las pretensiones Décima Octava, Décima Novena, Vigésima y Vigésima Primera anteriores se ha de proceder a la aplicación del mecanismo identificado bajo el número (5) que a su letra dice:*
>
> ***(5) De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral".***

18.22.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

En lo que toca con la aplicación del *"quinto mecanismo",* la Parte Convocante adujo que el mismo sería aplicable, con la aclaración de que la ANI formule, presente o proponga otros mecanismos de solución frente a la materialización del riesgo, sin perjuicio de que de ocurrir dicho evento la Concesionaria evalúe si hay lugar a aceptarla o no, con el fin de evitar la terminación anticipada del Contrato de Concesión.

18.22.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

El extremo Convocado se opuso a la prosperidad de la pretensión y para ello puso de presente al Tribunal que a la fecha no se ha materializado ningún riesgo, de manera que no hay lugar a aplicar el mecanismo de compensación contenido en la Cláusula 3.4(i)-(ii)-(5) de la Parte General del Contrato de Concesión.

18.22.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Dispone la Cláusula 3.4(i)-(ii)-(5) de la Parte General del Contrato de Concesión:

> *"De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección* ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*** *anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección* ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.****, que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección* ***¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*** *de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral".*

En tal virtud, el Tribunal considera que hay lugar a estimar la pretensión en referencia, por cuanto no existe prueba en el expediente de que se haya dado aplicación a los otros mecanismos de compensación del riesgo de que trata la estipulación en comento y por versar la presente controversia, precisamente, sobre la solicitud de terminación anticipada del Contrato de Concesión, sin que ello implique consideraciones distintas en cuanto al contenido y alcance de dicha estipulación.

18.23.- LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA

La pretensión vigésima tercera es la siguiente:

> ***"VIGÉSIMA TERCERA.-*** *Se declare la Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015, como consecuencia de la procedencia del mecanismo (5) de compensación".*

18.23.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Manifestó la Convocante que la terminación anticipada del Contrato de Concesión tiene sustento en el numeral 17.2-(iii)-(b), el cual se ocupa de regular las causales de terminación anticipada del Contrato y estipula que cualquiera de las Partes contractuales podría solicitarla, entre otros eventos, por la presentación de aquel al que se refiere el subnumeral 3.4(i)-(ii)-(5) de la Parte General del Contrato de Concesión, el cual reza:

> "*De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral".*

Por considerar, entre otras, que tanto la materialización del riesgo de **elusión** en el pago de peajes como la materialización del riesgo de menor recaudo de peajes por situaciones o razones no imputables al Concesionario, han dado lugar a un quebrantamiento de la ecuación del Contrato, como sustento en las *"conductas asumidas por el Ministerio de Transporte y por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI de los parámetros incorporados al Modelo Financiero que se erigió en la estructura financiera del contrato",* en lo que respecta con la negativa de la ANI frente a la autorización de la instalación y puesta en funcionamiento de la Caseta de Control Cocora.

18.23.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada se opuso a la prosperidad de la pretensión e insistió que no se han agotado los mecanismos de compensación previstos en la Cláusula 3.4.(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión, toda vez que en su sentir no existe materialización de riesgo alguno y, por ende, no es procedente la terminación anticipada del Contrato de Concesión.

18.23.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como hasta aquí ha quedado expuesto, contrario a lo señalado por la Parte Convocada, que efectivamente se ha producido tanto la materialización del riesgo de *elusión* en el pago de peajes como la materialización del riesgo de *menor recaudo de peajes por situaciones o razones no imputables al Concesionario,* por cuanto se produjo en general una disminución del recaudo de peaje que afecta la estructura tarifaria y genera el quebrantamiento de la ecuación financiera del Contrato de Concesión.

También, cualquiera que sea la totalidad del valor del riesgo materializado y por lo tanto la diferencia en el recaudo de peaje, atrás se ha demostrado que no es posible compensarla mediante la aplicación, en su orden, de los cuatro (4) primeros mecanismos previstos para tal efecto por el Contrato, por cuanto, 1) no hay recursos en la Subcuenta Excedentes ANI; 2) la ANI no ha evaluado la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, mediante la instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de la Parte General; 3) la ANI no ha procedido a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras

opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley; y, 4) la ANI no ha procedido a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de la Parte General.

Ello significa que queda por definir, conforme a lo pretendido por la Parte Convocante, si procede o no aplicar el último mecanismo, esto es, solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esa Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el numeral 3.4(i)-(ii)-(5).

Para ello el Tribunal debe verificar primero cuál es el valor del riesgo materializado y, por lo tanto, la diferencia en el recaudo de peaje que ha debido ser compensado y como no lo ha sido, si procede dar paso al quinto y último mecanismo para resolver la situación.

Para calcular o estimar el valor del riesgo materializado y, por lo tanto, la determinación de la diferencia en el recaudo de peaje que debería ser compensado, la Parte Convocada señaló a lo largo del proceso que para tal efecto ha debido darse aplicación estricta a lo pactado en los numerales 3.2.a 3.4. del Capítulo III del Contrato de Concesión, Parte General, que contempla los aspectos económicos, en los cuales se establece el procedimiento y la forma de calcularlo y, aunque la Convocante adjuntó un dictamen para ello, el fue objetado por la Convocada al considerar que esa no era la prueba idónea, pertinente y conducente para valorarlo por falta de aplicación de los citados numerales del Contrato.

Aquí es preciso tener en cuenta que los Contratos de Concesión bajo el esquema de APP, en su Parte General y en su Parte Especial, corresponden a minutas preconcebidas que contemplan cláusulas que prevén privilegios o facultades discrecionales para la entidad pública contratante, distintas de las cláusulas excepcionales.

Las Partes acuerdan cláusulas en las cuales fijan etapas contractuales v.gr. las grandes etapas de ejecución, liquidación y reversión, si hay lugar a esta última. Dentro de la etapa de ejecución, se establecen a su vez etapas como la de diseños, la etapa de construcción, la etapa de operación y la etapa de mantenimiento.

Así mismo, se fijan reglas procedimentales para surtir tales etapas o actuaciones. Por ejemplo, cuando existen cláusulas excepcionales al derecho común, se pactan reglas para el ejercicio de tales facultades excepcionales para hacer uso de cada facultad y al mismo tiempo para garantizar los derechos fundamentales de defensa, contradicción y, en general, el debido proceso. Inclusive para el ejercicio de facultades no excepcionales, pero que requieren garantizar también los derechos sean fundamentales o simples derechos subjetivos del contratista, como por ejemplo, la imposición de multas, para hacer efectiva la cláusula penal o hacer efectivas las garantías. En los procedimientos que en todas ellas se contemplan se

respetan en su integridad las reglas que establece la ley, los decretos reguladores y/o reglamentarios y, en general los mandatos generales que impone el ordenamiento jurídico sin que le sea dable a las Partes modificarlos.

También las Partes acuerdan reglas y en ellas establecen procedimientos contractuales para lograr fines o propósitos de gestión contractual e inclusive para prevenir o resolver diferencias entre ellas, sin necesidad de acudir para tal efecto a un tercero. En tales casos, para resolver entre ellas las diferencias, se contemplan requisitos de procedibilidad e inclusive acuerdan modelos o instrumentos como la aplicación de sistemas de conteo, monitoreo y seguimiento. En algunos casos se contempla la posibilidad de integrar mesas de trabajo con expertos vinculados a cada una de las Partes o la intervención del Interventor que, contratado por la entidad contratante para ejercer la supervisión del contrato, la representa.

Desde luego, si tales diferencias no se resuelven aplicando tales reglas, procedimientos e instrumentos contractuales, las partes ex ante o con motivo de la ocurrencia del conflicto, acuerdan la posibilidad acudir a un tercero para resolverlas y ellas mismas contemplan los mecanismos, fijan las reglas y establecen los procedimientos conforme a las cuales ese tercero debe actuar para coadyuvar a resolverlas como, por ejemplo, la opinión de un experto o el dictamen de un perito; la intervención de un panel de expertos o la integración de un amigable componedor.

En todos esos casos es válido acordar y aplicar reglas, procedimientos e instrumentos que permitan actuar para la gestión contractual en términos de eficiencia, economía, oportunidad y celeridad, e inclusive para prevenir o para resolver directamente las diferencias que surjan durante la ejecución del contrato.

Sin embargo, puede suceder, como en efecto sucede, que al surgir una controversia, al tratar de aplicar las reglas contractuales previstas para resolverla, una de las Partes se niegue, omita, no actúe o simplemente guarde silencio para activar el procedimiento, aplicar el instrumento y obtener el insumo que se requiere, como consecuencia de lo cual ya no será posible entonces resolverla directamente y, por lo tanto, se deben utilizar los mecanismos contractuales dispuestos para acudir a un tercero.

Empero, cuando ese tercero es un juez, sea del Estado o el Tribunal de Arbitraje, las reglas procesales para acudir a él escapan a la voluntad de las partes, porque ellas se relacionan con el derecho de acción, el derecho de acceso a la administración de justicia, el derecho de defensa, el derecho de contradicción, el derecho a obtener una decisión imparcial y objetiva, el derecho de impugnación y, en general, el derecho al debido proceso, todo lo cual exige respetar los principios de reserva de ley y de legalidad.

En tal caso, no cabe exigir el cumplimiento de requisitos y etapas de procedibilidad, como las que se pactan para escaladamente entre ellas resolver directamente la controversia o acudir a un tercero no juez surtiendo los mecanismos de solución de la controversia.

Ante el juez o tribunal solo cabe exigir los requisitos de procedibilidad o los de acceso a la administración de justicia que contemple únicamente el legislador y que éste haya diseñado en ejercicio de su libertad de configuración normativa, con los límites que, a su vez, le imponen la Constitución o las reglas que integran el bloque de constitucionalidad.

Tampoco es posible imponerle a un juez o tribunal el instrumento o insumo que las partes acordaron para resolver entre ellas la controversia, porque ahora, en el proceso judicial debe respetarse la libertad probatoria, trayendo ante él los medios de prueba que solo el juez o el tribunal pueden y deben decretar, practicar y valorar conforme a las reglas que señale también la Ley y no las que le impongan las partes, mucho menos si al proceso concurre una entidad pública.

En tal virtud, los requisitos de procedibilidad, procedimientos, instrumentos e insumos que fueron creados o diseñados por las partes para resolver entre ellas directamente sus controversias o a través de un mecanismo no judicial, no son exigibles para acudir al juez o tribunal ni para pedirle a éste que se someta a tales procedimientos o que solo pueda revisar para decidir la controversia los mecanismos e insumos que las partes acodaron para resolverla entre ellas, y mucho menos cuando habiéndose previsto un procedimiento y un insumo aquel no se surtió o éste no se obtuvo porque una de las Partes no quiso, se abstuvo o guardó silencio y no se realizó el procedimiento y por lo tanto no se obtuvo el insumo.

En tal caso, precisamente porque uno de las partes no concurrió a colaborar con la otra para resolver directamente la controversia, la renuente u omisiva en la actuación contractual ahora no le puede decir al juez o tribunal, para enervar la acción judicial y con ella oponerse a las pretensiones, que no se cumplió un requisito de procedibilidad contractual, que no se surtió durante la ejecución contractual el trámite o procedimiento exigido contractualmente y mucho menos siquiera cuando la Parte que se opone ni siquiera concurrió a surtir la actuación contractual y por ello no se obtuvo el insumo que ella no coadyuvó a construir o permitir que se construyera.

Tampoco le puede pedir al juez que para resolver la controversia tenga en cuenta que la demandante no aportó el insumo que la demandada no permitió construir conforme al procedimiento al que ella no concurrió y que si se hubiera obtenido, por lo demás, solo habría sido el producto de la voluntad de la entidad demandada porque el procedimiento se elaboró de manera tal que solo ésta o con su voluntad se pudiera producir el insumo requerido para resolver la controversia.

El juez sólo debe orientar su actuación y construir su decisión conforme a las reglas constitucionales y legales que gobiernan el proceso judicial y a los medios de prueba que la ley autoriza o permite tener en cuenta siempre que sean idóneos, pertinentes y conducentes para que decretados y practicados, al ser valorados, también conforme a las reglas que señala la ley, sirvan de soporte fáctico para adoptar la decisión con la cual se resuelva la controversia.

Las anteriores consideraciones permiten abordar el estudio de los numerales 3.2.a 3.4. del Capítulo III Contrato de Concesión que contempla los aspectos económicos del Contrato, en los cuales para hacer efectivo el derecho económico a la compensación por riesgo, se pactaron los siguientes mecanismos y procedimientos para su causación, cálculo y reconocimiento, según la metodología en ellos prevista. La compensación por riesgo es el Valor del Riesgo Materializado a ser compensado que será aquél fijado en la respectiva Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo:

> *"3.2 Mecanismos para la Compensación por Riesgo*
>
> *(a) El derecho económico a la Compensación por Riesgo del Concesionario se iniciará a partir de la suscripción del Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo. La suscripción del Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo cuando sea aplicable, de conformidad con este Contrato, dará lugar a la causación de la Compensación por Riesgo, sin que ello implique per se el reconocimiento económico mediante el traslado de los recursos de la Subcuenta de Recaudo Peaje a la Cuenta Proyecto.*
>
> *(b) Mecanismos para la Compensación por Riesgo. Los mecanismos para el reconocimiento de la Compensación por Riesgo a favor del Concesionario, cuando sean aplicables, serán los siguientes:*
>
> *(i) Subcuentas de Excedentes ANI del Patrimonio Autónomo.*
>
> *(ii) Incremento de estaciones de peajes y/o tarifas establecidas en la Parte Especial.*
>
> *(iii) Modificación del Alcance del Proyecto.*
>
> *(iv) Aumento del valor presente de Recaudo de Peaje —VPIPr-.*
>
> *(c) La Compensación por Riesgo se calculará conforme a la metodología definida en la Sección 3.5(b) de esta Parte General.*
>
> *(d) La Compensación por Riesgo será calculada entre el Interventor y el Concesionario, en las condiciones establecidas en el presente Contrato. El Interventor y el Concesionario consignarán las bases de cálculo en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo.*
>
> *(e) El Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo y sus modificaciones serán remitidas por el Interventor a la ANI, a más tardar el Día Hábil siguiente al de su suscripción; de no haber objeción por parte de la ANI, dentro de los doce (12) Días*

Hábiles siguientes a la recepción de dicha acta, el Valor del Riesgo Materializado a ser compensado será aquél fijado en la respectiva Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo. Lo anterior sin perjuicio de que si con posterioridad se identifican errores en el cálculo de la Compensación por Riesgo, cualquiera de las Partes pueda solicitar la corrección correspondiente.

(f) De no existir acuerdo entre el Concesionario y el Interventor, y salvo que la ANI esté de acuerdo con el Concesionario, se procederá así:

(i) La Compensación por Riesgo 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.

(g) El reconocimiento de la Compensación por Riesgo, se hará conforme a los Mecanismos para la Compensación por Riesgo que se señalan a continuación y en siguiente orden:

(i) Mecanismo de Subcuenta de Excedentes del Patrimonio Autónomo. La Compensación por Riesgo se reconocerá al Concesionario mediante el traslado de recursos existentes en la Subcuenta Excedentes del Patrimonio Autónomo de que trata la Sección 3.15(h)(vi) de esta Parte General.

(ii) Mecanismo de Incremento de Estaciones de Peajes y tarifas. La Compensación por Riesgo se reconocerá al Concesionario mediante el incremento de las tarifas de las Estaciones de Peajes y/o la instalación de estaciones de peaje adicionales que permitan al Concesionario la obtención del VPIPr; éste último será calculado de conformidad con el procedimiento establecido en la Sección 3.5(b)(i) de esta Parte General. Este mecanismo deberá ser implementado y puesto en marcha a más tardar dentro de los seis (6) Meses contados a partir de la fecha en que se determine la necesidad de adoptarlo.

(iii) Mecanismo de Modificación del Alcance del Proyecto. La Compensación por Riesgo se reconocerá al Concesionario mediante la modificación del Alcance del Proyecto, en el sentido de reducirlo. Para lo cual se procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley. El valor de la compensación por la

modificación del Alcance del Proyecto deberá incluirse en la variable CPRMj descrita en la Sección 3.5(b)(i)(1) de esta Parte General.

(iv) Mecanismo de aumento del valor presente de Recaudo de Peaje —VPIPr-. La Compensación por Riesgo se reconocerá después de alcanzado el VPIP, mediante el recaudo adicional de Peajes que le permita obtener al Concesionario el VPIPr, que será calculado de conformidad con el procedimiento establecido en la Sección 3.5(b)(i) de esta Parte General.

(h) El Concesionario declara que conoce y acepta que durante Plazo Máximo de la Compensación del VPIPr de que trata la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General, el AOM fijado en la fórmula de la Sección 3.5(b(i)(2)b) de esta Parte General dependerá del índice de Cumplimiento y que se deriva de la ponderación de los Indicadores.

(i) El Concesionario asume y por ende acepta que sí vencido el plazo del Contrato en la Sección 2.4(a) de esta Parte General no se alcanza el Valor del Riesgo Materializado calculado dentro el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo o sus modificaciones y compensado con los Mecanismos de Compensación por Riesgos de la presente Sección, no procederán reclamaciones o indemnizaciones al Concesionario y, consecuentemente, la ANI no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrecerá garantía alguna al Concesionario que permita eliminar o mitigar los efectos causados por no alcanzar el Valor del Riesgo Materializado dentro del plazo del Contrato.

3.3 Deducciones por Desempeño

(a) La Retribución del Concesionario, por Unidad Funcional, podrá ser 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 descritas en el literal anterior, 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(b)(iii) 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

Ingresos por Explotación Comercial y Subcuenta Recaudo Peaje— a la Subcuenta Excedentes ANI en el mismo momento en que se haga el traslado de la Retribución a la Cuenta Proyecto, al(los) Patrimonio(s) Autónomo(s)-Deuda o a los Cesionarios Especiales, según corresponda.

(d) La Compensación por Riesgo del Concesionario de que trata la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General, podrá ser 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.

(e) El valor correspondiente a las Deducciones, tal y como dicho valor se determine en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo o sus modificaciones, deberá ser trasladado por la Fiduciaria —de la Subcuenta Ingresos por Explotación Comercial y Subcuenta Recaudo Peaje— a la Subcuenta Excedentes ANI, en el mismo momento en que se haga el traslado de la Retribución respectiva.

3.4 Peajes, Derecho de Recaudo e Ingresos por Explotación Comercial

(a) Se cederá al Concesionario la operación de las Estaciones de Peaje (el "Derecho de Recaudo") en la misma fecha de entrega de la infraestructura, salvo por las excepciones establecidas en la Parte Especial.

(b) El Concesionario tendrá la obligación de llevar a cabo el Recaudo de Peaje de la totalidad de las Estaciones de Peaje del Proyecto cuando le sean entregadas por la ANI, así como también de los valores por contribución al Fondo de Seguridad Vial o cualquier otra sobretasa, contribución o similar que tenga destinación diferente al Proyecto. El producto de los anteriores recaudos será consignado en su totalidad en la Subcuenta Recaudo Peaje y se manejará de conformidad con lo previsto en la Sección 3.15(h)(ii) de esta Parte General.

(c) En el caso en que el Concesionario cobre una tarifa superior a la autorizada en este Contrato, que corresponde a la prevista en la Resolución de Peaje, además de las Multas que de acuerdo con la Parte Especial se causen, el Concesionario deberá consignar el valor cobrado en exceso, en la Subcuenta Excedentes ANI dentro de los plazos establecidos en la Parte Especial.

(d) El producto del Recaudo de Peaje será utilizado por la ANI como fuente de recursos para efectos del desembolso de la Retribución del Concesionario y de la Compensación por Riesgo, en los términos y condiciones señalados en el presente Contrato.

(e) Los Derechos de Recaudo que serán cedidos al Concesionario se listan en el Apéndice Técnico 1.

(f) Si el Proyecto requiriere la instalación de nuevas Estaciones de Peaje, tanto la autorización como el detalle de la ubicación de las nuevas Estaciones de Peaje también están descritos en el Apéndice Técnico 1.

(g) En el caso en que por cualquier razón no imputable al Concesionario:

(i) No sea posible la instalación de cualquiera de las Estaciones de Peaje nuevas; o

(ii) Se imponga la instalación de las Estaciones de Peaje en ubicaciones distintas a las mencionadas en el Apéndice Técnico 1, se aplicarán las reglas de que trata la siguiente Sección 3.4(h).

(h) Las reglas a la que se refiere la Sección anterior serán:

(i) No se generará compensación alguna o Compensación por Riesgo a cargo de la ANI —sin perjuicio del eventual reconocimiento del VPIP dentro del Plazo Inicial del Contrato, si es del caso— por cualquiera de las circunstancias descritas en la Sección 3.4(g) durante los primeros noventa (90) Días siguientes:

(1) Para el evento al que se refiere la Sección 3.4(g)(i): El Día de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional —o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, según corresponda— dentro de la cual el Apéndice Técnico 1 contempla la instalación de la Estación de Peaje no instalada; o

(2) Para el evento al que se refiere la Sección 3.4(g)(ii): El Día de la instalación o reinstalación de la Estación de Peaje en la nueva ubicación.

(ii) El cálculo del término aquí previsto será contabilizado de forma independiente para cada Estación de Peaje afectada.

(iii) Si la situación descrita en la Sección 3.4(g) se mantiene por un término superior a noventa (90) Días, se causará a favor del

Concesionario el derecho a la Compensación por Riesgo por el acaecimiento del riesgo de menor Recaudo de Peaje en los términos descritos en las Secciones 3.4(h) y 3.2 de esta Parte General.

(iv) El Valor del Riesgo Materializado será calculado mensualmente por la Interventoría a partir del Día (91) siguiente a la fecha en que el Apéndice Técnico 1 contemplaba la instalación de la Estación de Peaje tomando como base de cálculo el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1 —determinado de acuerdo con lo establecido en la Sección 3.4(h)(v)— y:

(1) Para los casos descritos en la Sección 3.4(g)(i): El Día de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional —o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, según corresponda— dentro de la cual el Apéndice Técnico 1 contempla la instalación de la Estación de Peaje no instalada; o

(2) Para los casos descritos en la Sección 3.4(g)(ii): El Recaudo de Peaje de la Estación de Peaje afectada en dicha Sección.

(v) Para determinar el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1, con anterioridad al cumplimiento del término indicado en la Sección 3.4(h)(iii), el Concesionario deberá instalar en la ubicación original de la Estación de Peaje afectada, a su entero costo y riesgo, un equipo de conteo de tráfico con las características descritas en el Apéndice Técnico 2. El Interventor verificará y certificará que el equipo de conteo de tráfico es adecuado para los fines previstos y que los conteos hechos corresponden a la realidad del tráfico de vehículos.

(vi) Del cálculo realizado de acuerdo con la Sección 3.4(h)(iv) se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo o en su modificación correspondiente, suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes al vencimiento mensual de que trata la Sección 3.4(h)(iv) de este Contrato o una vez finalicen los eventos descritos Sección 3.4(g), lo que primero ocurra.

(vii) En caso de existir diferencias entre las Partes, éstas acudirán al Amigable Componedor para que resuelva la controversia.

(viii) Una vez establecida la diferencia a la que hace referencia la Sección 3.4(h)(iv) se procederá a verificar la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos, así:

(1) Suficiencia de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;

(2) De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;

(3) De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;

(4) De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;

(5) De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje previsto en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f)de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral.

(ix) Calculado el Valor del Riesgo Materializado y determinada la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos de que trata la Sección 3.4(h)(viii) anterior, deberá suscribirse el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo en los términos establecidos en la Sección 3.2. de esta Parte General, y será por cuenta y riesgo del Concesionario la obtención o no de dicho Valor del Riesgo Materializado en las condiciones pactadas en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo.

(x) Estos recursos así compensados por la ANI, se tendrán en cuenta como parte del Recaudo de Peaje, para todos los efectos previstos en este Contrato, entre ellos —pero sin limitarse— para el cálculo del VPIP.

i.Si el Ministerio de Transporte o la entidad que resulte competente para fijar las tarifas de Peaje decide i) modificar dichas tarifas, ii) crear exenciones o tarifas especiales para ciertos usuarios, o iii) de cualquier otra forma afectar la estructura tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje, se aplicarán las siguientes reglas:

(i) Para cada trimestre de ejecución del Contrato se deberá calcular, entre el Interventor, el Supervisor y el Concesionario, la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse aplicado la estructura tarifaria (debidamente indexada) prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje correspondiente a las modificaciones adoptadas por el Ministerio de Transporte, de lo cual se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes a la terminación de dicho trimestre. En caso de existir diferencias entre las Partes, éstas acudirán al Amigable Componedor para que resuelva la controversia.

(ii) El valor resultante derivado del menor Recaudo de Peaje deberá ser compensado, así:

(1) Al traslado a la Cuenta Proyecto de los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI;

(2) De no ser posible compensar la totalidad del Valor del Riesgo Materializado por ser insuficientes los recursos de la Subcuenta Excedentes ANI, la ANI evaluará la posibilidad de incrementar la estructura tarifaria establecida para las Estaciones de Peaje descritas en el Contrato Parte Especial o en su defecto, instalación de estaciones de peaje nuevas, en los términos establecidos en la Sección 3.2(g)(ii) de esta Parte General;

(3) De no ser posible compensar la totalidad de Valor del Riesgo Materializado por ser dichos recursos insuficientes, la ANI procederá a revisar el alcance de cualquiera de las Unidades Funcionales a fin de eliminar de la misma las Intervenciones o actividades de Operación y Mantenimiento, o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los criterios de funcionalidad previstos en la Ley;

(4) De mantenerse la insuficiencia de los recursos para compensar esta diferencia, la ANI procederá a determinar el VPIPr y a aumentar el valor presente esperado por Recaudo de Peaje de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 3.2(g)(iv) de esta Parte General;

(5) De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral.

(iii) Calculado el Valor del Riesgo Materializado y determinada la suficiencia de los Mecanismos de Compensación por Riesgos de que trata la Sección 3.4(i)(ii) anterior, deberá suscribirse el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo en los términos establecidos en la Sección 3.2. de esta Parte General, y será por cuenta y riesgo del Concesionario la obtención o no de dicho Valor del Riesgo Materializado en las condiciones pactadas en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo.

(iv) Estos recursos así compensados por la ANI, se tendrán en cuenta como parte del Recaudo de Peaje, para todos los efectos previstos en este Contrato, entre ellos —pero sin limitarse— para el cálculo del VPIP.

j) Los Ingresos por Explotación Comercial efectivamente recibidos por la prestación de Servicios Adicionales, serán depositados en la Subcuenta Ingresos por Explotación Comercial después de descontar el 2.2% al que se refiere la Sección 1.82 de esta Parte General.

(k) La administración de la Subcuenta Recaudo Peaje y de la Subcuenta de Ingresos por Explotación Comercial estará a cargo de la ANI, en los términos señalados en las Secciones 3.15(h)(ii) y 3.15(h)(vii) de esta Parte General.

(l) Los Servicios Adicionales cumplirán en todo caso con las normas y regulaciones aplicables a cada uno de ellos. El Concesionario se obliga a no abusar de la posición de dominio en la prestación de los Servicios, y a no adoptar conductas que afecten la libre competencia para la prestación de los Servicios Adicionales."

Como se observa, aún si se trata de aplicarla para que las Partes directamente resuelvan las controversias que surjan con motivo de la causación, cálculo y reconocimiento del Valor del Riesgo Materializado a ser compensado, ella le confiere un poder discrecional a la entidad contratante o al interventor para activarla o no, lo cual indica que el contratista queda a merced de la voluntad del otro, a menos que, finalmente concurra a activarla. En el caso *sub examine* ello no ocurrió.

Así mismo, ella contempla reglas que le dan un poder especial a la entidad contratante directamente o por conducto del interventor, para construir las actas de cálculo, de manera que el insumo final se construye prácticamente con la sola voluntad de la entidad contratante. De ello se sigue que el insumo, en últimas, lo construye la entidad contratante, a su leal saber y entender y ello en tanto haya comparecido a hacerlo durante la gestión contractual.

En el presente caso, cuando el Concesionario advirtió de la ocurrencia de varios hechos -atrás analizados en extenso- que podrían materializar riesgos a cargo de la entidad contratante y era preciso verificar si se había producido o no la disminución del recaudo de los peajes y con ello el de los ingresos que soportan la ecuación económica del contrato, solicitó a la entidad contratante por conducto de la Interventoría, activar el mecanismo de verificación para obtener el Valor del Riesgo Materializado a ser compensado, pero aquella no respondió, guardó silencio, se abstuvo de concurrir a hacerlo y omitió su deber contractual para realizar las actividades allí contempladas con el propósito de obtenerlo y suscribir las actas de cálculo que le permitirían saber en qué medida y en qué valor se disminuyeron los ingresos para a su vez activar los mecanismos de compensación escalonados que se contemplaron en la misma cláusula.

Así, entonces, no es posible exigir ahora que el único medio de prueba idóneo pactado en el contrato para obtener el Valor del Riesgo Materializado a ser compensado previa constatación de si se produjo una disminución de los ingresos del peaje que afectaron la estructura tarifaria y los ingresos de la concesión, sea aquel que la propia entidad demandada no coadyuvó a construir conforme a las reglas y procedimientos a los que estaba obligada a cumplir y que obviamente la Parte Convocante no pudo aportar al proceso.

Ese insumo a ser obtenido conforme a los procedimientos y metodología contractual es importante para que las Partes resuelvan directamente la controversia surgida, pero no es un medio *ad probationem* y mucho menos *ad solemnitantem* que obligue a quien accede a la administración de justicia a aportarlo al proceso y sin el cual no puede soportar sus pretensiones y al juez a sujetarse solo a él, porque en el proceso opera la libertad probatoria en los términos que la ley señala y esta clase de medios *ad probationem* y *ad solemnitantem* solo los puede prever y exigir la ley.

No habiendo podido la Parte Convocante obtener y aportar al proceso judicial el insumo previsto en el contrato del Valor del Riesgo Materializado a ser compensado, por las razones indicadas, en ejercicio de sus derechos de acceso, audiencia, defensa, contradicción y, en general, del debido proceso, podía aportar como lo hizo

un dictamen pericial y solicitar al Juez que lo decretara y lo tuviera como medio de prueba conforme a la ley, sin perjuicio de que decretara, practicara y valorara los demás medios de prueba que conforme a la ley considerara pertinentes y conducentes para probar los hechos que soportan sus pretensiones, entre ellos el valor del riesgo materializado a ser compensado. La parte convocada tuvo la oportunidad de contradecirlo en la audiencia celebrada en la oportunidad decretada por el Tribunal. En dicha audiencia, la Parte Convocada se limitó a objetar el peritaje porque no era el medio a que se refieren los numerales 3.2 a 3.4 de la Parte General del Contrato de Concesión atrás transcrita, y que ella misma no admitió que se produjera, sea por su silencio o por omisión.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el Tribunal le otorga mérito probatorio al dictamen pericial aportado por la Parte Convocante elaborado por **BONUS BANCA DE INVERSIÓN,** el cual fue decretado como prueba e incorporado al expediente y respecto del cual la Parte Convocante tuvo la oportunidad procesal para controvertirlo.

Al proceder a su valoración probatoria, con base en él, el Tribunal procederá a determinar el valor del peaje no recaudado o lo que es lo mismo el valor del riesgo materializado a ser compensado para activar el sistema de compensaciones previsto en el Contrato de Concesión entre ellos la terminación del Contrato, como se hace a continuación, previa explicación de lo señalado tanto en el dictamen aportado por la Parte Convocante, como lo indicado en el dictamen de contradicción aportado por la Convocada, con sus respectivas ampliaciones, reforzado con las conclusiones expuestas por cada extremo procesal en sus alegaciones finales.

a.- En el dictamen pericial elaborado por BONUS BANCA DE INVERSIÓN (Noviembre de 2022):

El Perito mencionó que el Modelo Financiero, se construye a partir de los siguiente insumos: el Capex; el Opex; Ingresos; Estudio de Tráfico; Estructura Tarifaria; entre otros.

En lo que toca con el denominado “Estudio de Tráfico” indicó que cuyo objeto es *“generar una proyección del tráfico promedio diario (TPD) que se espera transite por un corredor determinado, en un horizonte de tiempo dado”.*

Así, en dicho documento se encuentran la caracterización de la zona y del Proyecto, la descripción del tipo de tráfico, el estado actual de las vías, los proyectos aledaños que se encuentren en ejecución o vayan a entrar en ejecución durante el estudio, análisis y proyecciones de variables macroeconómicas, definición de funciones de costos, matrices origen-destino, definición de modelos estadísticos, entre otros.

En lo que toca con el concepto de “Tráfico Promedio Diario”, el Perito indicó que este *“define el Tráfico Promedio Diario (TPD) como el número de vehículos que transitan por un corredor determinado en un periodo en días completos (mayor a un día, menor a un año) dividido por el número de días del periodo seleccionado; es*

decir, es un promedio diario de vehículos que transitan por el corredor que normalmente se expresa por categoría vehicular".

Por lo anterior, con el fin de determinar el "Estudio de Tráfico" usado para la elaboración financiera del Proyecto, el Perito manifestó lo siguiente:

> *"El Estudio de Tráfico es el documento técnico en el cual se explica y se muestran los resultados de la estimación del TPD para el horizonte de tiempo del Proyecto, y sobre el cual se calcula el Recaudo de Peaje. Para este Contrato de Concesión el informe final de tráfico aprobado por las Entidades competentes del Proyecto se encuentra en el documento de Excel "APP GICA MF Estructuración Oct2014.xlsx" en la pestaña de Ingresos."*

Con base en lo anterior, el Perito determinó el índice porcentual que representó la elusión, como se ve en l pregunta 8.23:

> *"8.23 Establezca el índice porcentual que representó la ELUSIÓN en el pago del peaje en la Estación de Cocora por parte de los usuarios que han transitado en el sentido Ibagué - Cajamarca por la Segunda Calzada que constituye la Unidad Funcional 1 del Proyecto Vial GICA, por razón de la utilización como vía alterna del identificado Tramo 5 (Ruta 4003) del Proyecto GICA; durante el período transcurrido entre el 22 de octubre de 2021 y el 31 de octubre de 2022. Dichos valores porcentuales deben ser complementados por su valor representativo en COL$.*
>
> *"**De acuerdo con el Contrato de Concesión, en el capítulo 13.3** se define "la elusión de los Usuarios de los Peajes como el uso legítimo de vías alternas no contempladas en los estudios de tráfico del Proyecto por decisiones discrecionales del Estado que deriva en el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto, generando un efecto negativo dada una reducción en los ingresos del mismo." **Los índices porcentuales que representan la ELUSIÓN en el pago del peaje en la Estación de Cocora se discriminan según las categorías vehiculares**, como se puede observar a continuación:*

Tabla de índices porcentuales de Elusión del peaje Cocora de Octubre del 2021 hasta el 31 de Octubre del 2022

Elusión	Total
Categoría I	30,47%
Categoría II	44,30%
Categoría III	54,32%
Categoría IV	36,92%
Categoría V	50,67%
Elusión Total	**43,20%**

*"Como primer paso, **ha de tomarse en cuenta el monto que habrían representado los ingresos por concepto del recaudo de las tarifas de peaje señaladas en la Resolución 0000175 del Ministerio de Transporte, de no haberse presentado la Elusión.***

*"Como segundo paso, **se toma la información sobre el tráfico que circuló por el Peaje Cocora que fue suministrada por el Concesionario por cada una de las categorías y por cada mes de circulación**. Se registró que hubo un **total de 954.509 vehículos que han usado la nueva vía durante los meses de desde Octubre del 2021 hasta Octubre de 2022**.*

"Como tercer paso, se calcula el recaudo total a partir de la siguiente fórmula:

$$\sum_{t\in T}\sum_{c\in C} \text{Tráfico}_{ct} * \text{Tarifa}_{ct} = \text{Recaudo Total}$$

Donde:

Tráfico_{ct}	Es el tráfico circulante peaje en la Estación de Cocora dependiendo de la categoría y el mes.
Tarifa_{ct}	Es la tarifa aplicada a cada vehículo circulante por la Estación de Cocora dependiendo de la categoría y el mes.
c	Indica cada una de las categorías
t	Indica cada uno de los meses desde Octubre del 2021 hasta Octubre de 2022

"De acuerdo con lo anterior se obtuvo que el recaudo total teniendo en cuenta todas las categorías y el periodo analizado, corresponde a COP 17.826.028.600.

(…)

*"Ahora bien, como cuarto paso, **fue necesario realizar un conteo manual - en tiempo real - de los vehículos que Eludieron el Peaje Cocora entre Octubre del 2021 hasta Octubre de 2022 para cada una de las categorías**. Se registró que **hubo un total de 612.331 vehículos que Eludieron el Peaje Cocora en dicho periodo.***

"Como quinto paso, se halló el Recaudo Eludido mediante el uso de la siguiente fórmula:

$$\sum_{t\in T}\sum_{c\in C} \text{Elusión}_{ct} * \text{Tarifa}_{ct} = \text{Recaudo Eludido Total}$$

Donde:

Elusiónct	Es el tráfico circulante peaje en la Estación de Cocora dependiendo de la categoría y el mes.
Tarifact	Es la tarifa aplicada cada vehículo circulante peaje en la Estación de Cocora dependiendo de la categoría y el mes.
c	Indica cada una de las categorías
t	Indica cada uno de los meses desde octubre del 2021 hasta octubre de 2022

"De acuerdo con lo anterior se obtuvo que el Recaudo Eludido teniendo en cuenta todas las categorías y el período de interés corresponde a un total de COP 13.560.297.224.

"Como último paso, con base a los resultados obtenidos de las tablas anteriores, se calcula el porcentaje de Elusión, por cada una de las categorías vehiculares y en cada mes, haciendo uso de las siguientes fórmulas:

$$\sum_{t\in T}(\text{Recaudo}_{ct} + \text{Recaudo Eludido}_{ct}) = \text{Recaudo Real y Conteo Total}_{c}$$

$$\frac{\sum_{t\in T}\text{Recaudo}_{ct}}{\text{Recaudo Real y Conteo Total}_{c}} = \%\ \text{Participacion Real}_{c}$$

$$100\% - \%\ \text{Participacion Real}_{c} = \%\ \text{Participacion Conteo}_{c}$$

Donde:

Recaudoct	Es el ingreso obtenido en el peaje dependiendo de las categorías y el mes.
Recaudo Eludidoct	Es el ingreso que no se obtuvo por elusión del peaje dependiendo de las categorías y el mes.
Recaudo Real y Conteo Total	La suma de los recaudos más los recaudos eludidos desde el mes de Octubre del 2021 hasta el mes de Octubre de 2022 dependiendo de cada una de las categorías.
Suma en t Recaudoct	La suma de los recaudos realizados por el peaje en la Estación de Cocora desde el mes de Octubre del 2021 hasta el mes de Octubre de 2022 dependiendo de la categoría.
% Participación Conteoc	Porcentaje del recaudo eludido en el peaje en la Estación de Cocora desde el mes de Octubre del 2021 hasta el mes de Octubre de 2022 dependiendo de la categoría.
c	Indica cada una de las categorías
t	Indica cada uno de los meses desde Octubre del 2021 hasta Octubre de 2022

"Al implementarlas, se evidencia que la Elusión es diferente en cada una de las categorías como se muestra al principio de este numeral. Si bien, la Categoría I, presenta un nivel de Elusión del 30,5%, la Categoría III y V tiene el nivel de Elusión del 50,7%, siendo superior al tráfico que paga el peaje.

"(…)" (Negrilla y subraya fuera del texto original).

De acuerdo con los datos obtenidos por el Perito, en la respuesta a la pregunta 8.25 procedió a determinar y calcular el porcentaje proyectado representativo de la elusión durante el período de tiempo que transcurriría entre el 31 de octubre de 2023 hasta la fecha estimada inicialmente para la obtención del VPIP, así:

"8.25 Con base en la información de lo sucedido en relación con el fenómeno de la ELUSIÓN del peaje en la Estación Cocora en

el período transcurrido entre el 22 de octubre de 2021 y el 31 de octubre de 2022, sírvase calcular el porcentaje proyectado representativo de la ELUSIÓN durante el período de tiempo que transcurrirá entre el 31 de octubre de 2022 hasta la fecha estimada inicialmente para la obtención del VPIP.

"Con base a los resultados obtenidos en el numeral 8.23, se calcula el porcentaje de Elusión Total para cada una de las categorías vehiculares haciendo uso de las siguientes fórmulas:

$$1 - \frac{\sum_{t \in T} \text{Recaudo}_{ct}}{\text{Recaudo Real y Conteo Total}_c} = \%\ \text{Participacion Conteo}_c = \%\ \text{de Recaudo Eludido}_c$$

Donde:

Recaudoct	Es el ingreso obtenido en el peaje dependiendo de las categorías y el mes.
Recaudo Real y Conteo Total	La suma de los recaudos más los recaudos eludidos desde el mes de Octubre del 2021 hasta el mes de Octubre de 2022 dependiendo de cada una de las categorías.
Suma en t Recaudoct	La suma de los recaudos realizados por el peaje en la Estación de Cocora desde el mes de Octubre del 2021 hasta el mes de Octubre de 2022 dependiendo de la categoría.
% Participación Conteoc	Porcentaje del recaudo eludido en el peaje en la Estación de Cocora desde el mes de Octubre del 2021 hasta el mes de Octubre de 2022 dependiendo de la categoría.
% de Recaudo Eludidoc	Se refiere al porcentaje del recaudo eludido en el peaje en la Estación de Cocora desde el mes de Octubre del 2021 hasta el mes de Octubre de 2022 dependiendo de la categoría.
c	Indica cada una de las categorías
t	Indica cada uno de los meses desde Octubre del 2021 hasta Octubre de 2022

"De acuerdo con el numeral 8.23 se entiende que cada una de las categorías y en cada uno de los meses tiene un porcentaje diferente de Elusión, y en cada mes se ha tenido un valor diferente.

Tabla de índices porcentuales de Elusión del peaje Cocora

Elusión	Total
Categoría I	30,47%
Categoría II	44,30%
Categoría III	54,32%
Categoría IV	36,92%
Categoría V	50,67%
Elusión Total	**43,20%**

"

Finalmente, en lo que toca con la metodología utilizada por el Perito, este indicó que la información del conteo fue manual en lo que toca con el fenómeno de elusión registrada por el Concesionario y, a su vez, que utilizaron como base de sus estimaciones *"los valores entregados por la Concesionaria, que tienen como fuente los informes de la fiduciaria; advirtiendo que la labor de los peritos no abarcaba un ejercicio de auditoría y/o validación de las cifras que le fueron entregadas".*

Con todo, en el documento denominado "INFORME DE OPERACIÓN CÁMARA DE AFORO ELUSIÓN COELLO COCORA – VÍA CAJAMARCA IBAGUÉ (4003)" elaborado por APP GICA, y que fue anexado con el dictamen pericial, se puede

constatar el siguiente proceso con el fin de determinar los vehículos elusores de la Estación de Peaje Cocora:

> *"Las imágenes o videos son capturados por cámara tipo panorámica con tecnología "IP dirección del Protocolo de Internet" ubicada en el Pr 75+0290 de la vía Cajamarca – Ibagué (4003), la cual transmite los datos de video en tiempo real a servidor alojado en la Estación de Policía de Coello cocora. Este servidor se encarga de procesar y almacenar la información.*
>
> *"El servidor referido, cuenta con conectividad a Internet y de esta manera se logra acceder al dispositivo de manera remota desde el CCO por medio del programa ANYdesk, aplicando protocolos de seguridad tecnológica.*
>
> *(…)*
>
> *"Posteriormente, operadoras de la firma Regency, realizan el aforo identificando las categorías y volúmenes de cada tipo de vehículo, teniendo en cuenta la Resolución N° 175 de 2015.*
>
> *"Los datos son registrados en formato de conteo vehicular hora a hora, en el cual se consignan los volúmenes desde las 6:00 am hasta las 6:00 am del otro día, con el propósito de que los mismos, sean consecuentes con los que se llevan en la sistematización del Peaje de Cocora.*
>
> *"Finalmente, estos datos son entregados a la Dirección de Operación, quien consolida la información de ambas fuentes (aforo con cámara y aforo en el Peaje de Cocora) y se remite a la Gerencia Técnica para validación de la información.*
>
> *"Nota: Para realizar el almacenamiento de los videos, se cuentan con discos duros externos de back-up, los cuales son actualizados diariamente por el personal técnico de la Concesionaria APP-GICA S. A. Actualmente, se cuentan con tres discos duros, el primero de 2 terabyte, el segundo de 4 terabyte y el tercero de 4 terabytes (recibiendo información)*
>
> *(…)"*

A lo anterior debe añadirse, que los documentos Excel a los que hace referencia el Perito, fueron oportunamente aportados como Anexos con el Dictamen Pericial.

Sin perjuicio de lo anterior, se pone de presente que la Parte Convocante junto con la Adición o Ampliación del Dictamen Pericial procedió, nuevamente, a aportar y/o acompañar dichos documentos.

El valor de la elusión calculada por el perito desde octubre de 2021 hasta octubre de 2022 es de COL $13.560.297.224

A partir de esa fecha el perito efectúa proyecciones de tal monto hasta la fecha estimada de terminación del contrato (estimada en abril del 2043), que el Tribunal no tomará en cuenta, por cuanto tal monto no se causará teniendo en cuenta lo que se dispone en la parte resolutiva de este Laudo.

b.- En la adición o complementación del dictamen pericial elaborado por BONUS BANCA DE INVERSIÓN (Mayo de 2023):

El Perito en la adición o complementación del dictamen pericial, igualmente, indicó que el conteo de los vehículos se realizó de manera manual, como se ve en la adición y complementación de la respuesta a la pregunta 8.23 y en otros apartes del referido dictamen pericial, a saber:

> *"ADICION Y COMPLEMENTO. Actualización de la respuesta al 30 de abril del 2023 con el Decreto 050 del 2023.*
>
> *En primer lugar,* ***se realizó la actualización de los índices porcentuales que representan la ELUSIÓN en el pago del peaje en la Estación de Cocora hasta el 30 de Abril del 2023*** *las cuales se discriminan según las categorías vehiculares, como se puede observar a continuación:*
>
> **Tabla de índices porcentuales de Elusión del peaje Cocora**
> **Octubre del 2021 hasta Abril del 2023**
>
Elusión	Total
Categoría I	30,26%
Categoría II	44,42%
Categoría III	56,19%
Categoría IV	39,86%
Categoría V	52,55%
Elusión Total	**43,98%**
>
> *En segundo lugar,* ***la actualización del tráfico total que ha transitado por el Peaje Cocora durante los meses de desde Octubre del 2021 hasta el 30 de Abril del 2023 corresponde a 1.442.460 vehículos****. Lo anterior conlleva a la actualización del recaudo total, que desde Octubre del 2021 hasta el 30 de Abril del 2023, corresponde a* ***COP 26.391.828.8000****.*
>
> *Este resultado tiene en cuenta los efectos del Decreto 050 del 2023, vigente desde enero de 2023, el cual conserva las tarifas del 2022 para todos los peajes del país.*
>
> *(…)*

> *En tercer lugar, también se realizó una actualización del* ***conteo manual de los vehículos que Eludieron el Peaje Cocora entre Octubre del 2021 hasta el 30 de Abril del 2023. Se registró que hubo un total de 934.003 vehículos.***
>
> *Lo anterior conlleva a que el Recaudo Eludido desde Octubre del 2021 hasta el 30 de Abril del 2023 representa COP 20.719.994.124. Este resultado tiene en cuenta los efectos del Decreto 050 del 2023, vigente desde enero de 2023, el cual conserva las tarifas del 2022 para todos los peajes del país.*
>
> *(…)*
>
> *En último lugar, con base las actualizaciones señaladas anteriormente, se calcula el porcentaje de Elusión mensual (…)"* (Negrilla y subraya fuera del texto original).

En consecuencia, este será el valor que el Tribunal asumirá para efectos de la determinación de la aplicación de los mecanismos contractuales de compensación.

c.- Alegatos de Conclusión de APP GICA S.A.

La Parte Convocante, en sus alegatos de conclusión, hizo referencia a la metodología utilizada con el fin de realizar el conteo de los vehículos elusores y el valor de la diferencia en el recaudo, en los siguientes términos:

> *"Entonces, por lo que se refiere al conteo de los vehículos elusores y la cuantificación del riesgo,* ***GICA procedió a la instalación de los dispositivos que le permitieran llevar el control o conteo de los vehículos que transitando por la Vía Nacional existente o Ruta 4003 en sentido Ibagué – Cajamarca no pagan la tarifa en la Estación de Peaje Cocora ni en la inexistente Caseta de Control****. Así pues, se pudo establecer el número de vehículos elusores y el valor que representa la elusión del Peaje Cocora en sentido Ibagué – Cajamarca, durante el período que se extendió entre el 27 de octubre de 2021 y el 30 de abril de 2023."* (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Así mismo, adujo que la firma BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.S., dio respuesta a 36 preguntas realizadas por la Convocante, cuyo objeto fue conocer *"con base* ***en los conteos efectuados por GICA*** *el valor de la Elusión generada por el tránsito de vehículos por la Vía Nacional 4003 que se desplazaban desde Ibagué hacia el municipio de Cajamarca sin cubrir el costo de las tarifas de peaje que hubiesen cubierto de haber usado para su desplazamiento la Segunda Calzada construida por GICA y constitutiva de la UF1; al tiempo que el cálculo del porcentaje*

representativo de los valores cuyo pago se eludió, respecto del total", entra otros puntos afines.

d.- En el dictamen pericial de contradicción elaborado por STRATEGAS BANCA DE INVERSIÓN (Abril de 2023)

Con el fin de controvertir el dictamen pericial aportado por la Parte Convocante, el Perito indicó, en primer lugar, que la firma BONUS, no entregó evidencia de que los archivos tuvieran validez documental, es decir, que se hubiese verificado que los archivos "*correspondieran estrictamente a datos de salida del sistema de control de paso de vehículos por el peaje, como lo exige el Contrato de Concesión en el Apéndice Técnico 2".*

Por tal razón, concluyó lo siguiente en relación con la "Table de Vehículos y Recaudo del Peaje Cocora del Periodo de Octubre de 2021 y hasta Octubre de 2022":

> *"En este sentido, la tabla presentada en el dictamen de Bonus (página 41) denominada "Tabla de Vehículos y Recaudo del Peaje Cocora del Periodo de Octubre del 2021 hasta Octubre del 2022" no está debidamente soportada, no hay evidencia de que haya sido verificada por la Interventoría y por consiguiente no hay certeza ni confiabilidad de los recaudos efectivamente realizados por el Concesionario en el peaje Cocora, ni de los resultados de los cálculos obtenidos con esos datos (recaudo y número de vehículos que supuestamente pasaron el peaje)."*

En lo que toca con la metodología para determinar el número y tipo de vehículos que presuntamente eludieron la Estación de Peaje Cocora, resaltó que:

> *"En todo caso no sobra mencionar que el procedimiento para determinar el Valor del Riesgo Materializado, en caso de que, por cualquier razón no imputable al Concesionario, no sea posible la instalación de cualquiera de las estaciones de peaje, está establecido en el Contrato de APP en el numeral 3.4 literal h en los romanitos (v)*
>
> *"(v) Para determinar el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1, con anterioridad al cumplimiento del término indicado en la Sección ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia., el Concesionario deberá instalar en la ubicación original de la Estación de Peaje afectada, a su entero costo y riesgo,* ***un equipo de conteo de tráfico con las características descritas en el Apéndice Técnico 2.*** *El Interventor verificará y certificará que el equipo de conteo de tráfico es adecuado para los fines previstos y que los conteos hechos corresponden a la realidad del tráfico de vehículos".*

Por consiguiente, el Perito Bonus no entregó evidencias documentales que demuestren la validez del número de vehículos que al parecer eludieron el peaje Cocora. Por ejemplo, el Perito Bonus, no entregó evidencia de los siguientes aspectos:

- Las planillas con los datos del conteo de vehículos tomados manualmente en campo.
- La metodología para aplicar en los conteos vehiculares: número y localización de las estaciones de conteo, fechas y horarios en que se realizará el conteo, cómo se realizará la toma de datos y el procesamiento de los datos, entre otros.
- La aprobación por parte de la ANI de la metodología a implementar en los conteos.
- La notificación del Concesionario sobre el inicio de los conteos vehiculares a la ANI.
- La evidencia de la participación de la ANI/Interventoría en esos conteos.
- La entrega de los datos crudos del conteo tomados en campo, los datos procesados y los resultados de los aforos a la ANI.

Tampoco hay una evidencia en el dictamen de Bonus, que el conteo mencionado haya sido verificado por la Interventoría, siendo esta una de las funciones del Interventor del Contrato.

Sin embargo, el Perito Bonus debió solo entregó un "informe" por parte del Concesionario (no pudimos tener acceso al informe porque el documento entregado está vacío), sin demostrar que verificó los soportes documentales de la realización y la verificación del conteo vehicular.

Por otra parte, el Perito Bonus tampoco demostró, que en el presunto conteo de los vehículos que eludieron el peaje Cocora, el Concesionario hubiera identificado los vehículos que tenían exención de pago del peaje o similar. Ni verificó que esos vehículos hubieran sido retirados del cálculo de la presunta elusión. Es decir que, no es posible establecer si el Perito Bonus cuantificó o no los vehículos que no están obligados a pagar peaje en la suma de los vehículos que supuestamente eludieron el peaje."

e.- En la ampliación o complementación del dictamen pericial de contradicción elaborado por STRATEGAS BANCA DE INVERSIÓN (Abril de 2023):

El Perito, en lo que toca con la Pregunta No. 23 al Perito BONUS, hizo las siguientes precisiones:

*"- El informe se limitó a describir la actividad realizada que consistió en grabar los vehículos y posteriormente designar a unas personas a diligenciar un formulario supuestamente con los datos de categoría de cada tipo de vehículo**. No obstante, ese documento no contiene los formatos registrados ni los cálculos realizados para obtener los volúmenes presentados en una tabla simple.***

*- De conformidad con lo indicado en numeral 3.4 literal h en los romanitos (v), el informe **no da cuenta que el Interventor hubiera verificado y certificado que el equipo de conteo de tráfico es adecuado para los fines previstos y que los conteos hechos corresponden a la realidad del tráfico de vehículos.***

*- El aforo realizado **tampoco indica si fueron identificados los vehículos que presuntamente eludieron el peaje, de los exentos de pagar el peaje ni cómo lo hicieron.***

*- La tabla final del resumen de dicho informe indica una columna que hace referencia a "**Posible Recaudo Eludido" lo cual indica que no se tiene certeza si los conteos corresponden a la realidad.***

- El posible tráfico eludido corresponde al 25 de noviembre de 2022, el cual está por fuera del periodo analizado en el dictamen entregado, esto en la medida en que el tráfico referido en el dictamen tiene corte al 31 de octubre de 2022, lo cual reafirma que las cifras del dictamen del perito Bonus carecen de soporte y que la actualización de la elusión hasta abril de 2023, esta soportada igualmente en el documento del 25 de noviembre, que no cumple con los requisitos contractuales y que corresponde a la medición de elusión de un solo día.

- El perito Bonus también aportó los archivos en excel: "APP GICA – RETRIBUCION", "APP GICA – TRAFICO", "Comparativo Peaje Cocora vs Conteo oct2021 - oct2022" y "Cuadro general Peaje Cocora vs Ruta 4003", los cuales tienen información de tráfico de los peajes Cocora, Chicoral y Gualanday, así como del tráfico elusor del peaje Cocora del periodo octubre 2021 a octubre 2022, Información que no fue entregada en el primer dictamen.

(…)

Frente a lo expuesto, es claro que la documentación aportada mediante el documento de complementación y adición del dictamen no evidencia que proceda de una fuente oficial y

tampoco está en el marco de lo establecido contractualmente, razón por la cual se reitera que Bonus no demostró que las cifras de tráfico eludido, que pasa de 612.331 vehículos en las cinco categorías en el periodo octubre de 2021 a octubre de 2022 a 934.003 hasta abril de 2023, correspondan a la realidad del tráfico de vehículos.

(…)

En conclusión, por las razones que a continuación se exponen, el perito Bonus no entregó evidencias documentales que demuestren la validez del número de vehículos que supuestamente eludieron el peaje Cocora, por ejemplo:

- *Las planillas con los datos del conteo de vehículos tomados manualmente en campo.*
- *La metodología para aplicar en los conteos vehiculares: número y localización de las estaciones de conteo, fechas y horarios en que se realizará el conteo, cómo se realizará la toma de datos y el procesamiento de los datos, entre otros.*
- *La aprobación por parte de la ANI de la metodología a implementar en los conteos.*
- *La notificación del Concesionario sobre el inicio de los conteos vehiculares a la ANI.*
- *La evidencia de la participación de la ANI/Interventoría en esos conteos.*
- *La entrega de los datos crudos del conteo tomados en campo, los datos procesados y los resultados de los aforos a la ANI."*

f.- Alegatos de conclusión de la ANI

Indicó la Convocada en sus alegaciones finales, que el conteo de tráfico debe reunir las características descritas en el Apéndice Técnico 2 del Contrato de Concesión, lo cual, a su juicio, no se cumplió por parte de la Convocante, toda vez que este último no contó con un equipo de conteo de tráfico y con la validación de la información por parte de la Interventoría, a lo que añadió que su base cálculo fue el tráfico real y no el tráfico estimado de estructuración, ni un tráfico proyectado, sino el que efectivamente pasa por la vía alterna, multiplicado por la tarifa aplicable.

De acuerdo con lo anterior, la Convocada, en su escrito, precisó que *"no cumplió con los requisitos dispuestos en el contrato de concesión y en el Apéndice Técnico 2 para la configuración del fenómeno de elusión, esto es que: i) los equipos de conteo y clasificación de vehículos deben permitir que la ANI y la interventoría lleven un control permanente y exacto de los vehículos que transitan la vía; ii) los equipos deben almacenar y remitir a la ANI la información en tiempo real; iii) el sistema debe permitir la comparación de las transacciones realizadas con el tráfico que efectivamente circule por la estación de peaje; y iv) el concesionario deberá utilizar*

3 sistemas de control como lo son: cámaras, sensores ópticos, sensores inductivos y peanas.”

g.- Interrogatorio de los Peritos

- Interrogatorio de MARÍA ALEJANDRA GONZÁLEZ BRICEÑO, JUAN MANUEL MARTÍNEZ PAZ y SANTIAGO CORREA VILLAVECES (BONUS BANCA DE INVERSIÓN)

> “DR. ORTEGÓN: [01:17:52] En la pregunta 8.23 la correspondiente respuesta, se hace referencia que a efecto de establecer la supuesta elusión, se hizo un conteo manual.
>
> SRA. GONZÁLEZ: [01:18:08] Sí, pues fue informado por nosotros.
>
> DR. ORTEGÓN: [01:18:11] Solamente para introducir nuevas preguntas… (Interpelado)
>
> DR. FAJARDO: [01:18:13] Una pregunta a propósito de eso doctora, cuando dice fue informado por nosotros, ahí quisiera preguntar, ¿ustedes recibieron la información sobre el conteo manual o ustedes hicieron el conteo manual?
>
> SRA. GONZÁLEZ: [01:18:32] No, recibimos la información, eso es un input para nosotros.
>
> DR. FAJARDO: [01:18:36] ¿Que se los dio quién?
>
> SRA. GONZÁLEZ: [01:18:37] GICA.
>
> DR. FAJARDO: Muchas gracias.
>
> DRA. MELO: [01:18:40] Perdón, Con la venia del presidente. ¿Ustedes recuerdan ese conteo manual desde cuándo hasta cuándo?
>
> SR. CORREA: [01:18:47] Desde el 27 de octubre del 2021 hasta la fecha.
>
> DRA. MELO: [01:18:51] ¿Hasta la fecha del dictamen?
>
> SR. CORREA: [01:18:53] Sí.
>
> DR. ESCALLÓN: [01:18:56] Yo sigo con otra pregunta, adicionalmente del tema del control manual en general todas las fuentes del input que ustedes hicieron en el desarrollo de los modelos, ¿quién generó la información, la generaron ustedes?

SRA. GONZÁLEZ: [01:19:09] No, GICA.

DR. ESCALLÓN: [01:19:12] ¿Y ustedes auditaron que eso … (Interpelado)

SRA. GONZÁLEZ: [01:19:15] No era nuestro peritaje, exacto, lo tomamos como cierto.

DR. ESCALLÓN: [01:19:19] ¿Y en relación con el conteo manual entonces GICA les entregó a ustedes el cálculo que había hecho ellos sobre el sistema que se ha expuesto aquí qué han utilizado?

SRA. GONZÁLEZ: Exacto, sí señor.

DR. FAJARDO: [01:19:35] Continúe doctor Ortegón, por favor.

DR. ORTEGÓN: [01:19:38] Gracias presidente. Al hilo de las preguntas que estaba haciendo el doctor Escallón, ese conteo manual, ¿pueden indicarle al Tribunal a qué periodo corresponde?

SR. CORREA: [01:19:50] Del 27 de octubre del 2021 hasta la fecha que se nos entregó el documento.

SRA. GONZÁLEZ: [01:19:55] Abril del 23.

DR. ORTEGÓN: [01:19:59] Puede que la pregunta que vaya a hacer resulte obvia, pero quiero la respuesta, ¿hay un conteo manual hacia el futuro?

SRA. GONZÁLEZ: [01:20:06] No.

SR. MARTÍNEZ: [01:20:09] Y de hecho pues no es objeto del dictamen como lo expliqué anteriormente, nosotros tenemos una fecha en la que hacemos el cálculo, si se siguió haciendo el conteo manual, pues seguramente si se hace una actualización a hoy, pues se va a tener que tomar en cuenta ese conteo que se había hecho.

DR. ORTEGÓN: [01:23:56] En la información que les proporcionó GICA respecto del conteo manual y la supuesta elusión, ¿ustedes encontraron actas entre el Concesionario y la interventoría en la que se hiciera revisión?

SRA. GONZÁLEZ: No hacía parte del cuestionario.

DR. ORTEGÓN: Quiero saber de lo que revisaron, ¿si estaban o no estaban las actas?

SRA. GONZÁLEZ: [01:24:14] No, no hicieron parte del cuestionario, nosotros nos limitamos a las fórmulas, aplicación de las fórmulas del contrato.

SR. MARTÍNEZ: [01:24:19] Y la información entregada por la concesionaria.

DR. ORTEGÓN: [01:24:20] ¿De la información entregada por la concesionaria, ustedes saben si la ANI participó de algún conteo de vehículos o del conteo manual?

SRA. GONZÁLEZ: [01:24:31] No, no sabemos"

- Interrogatorio de GUILLERMO SARMIENTO USECHE y ENRIQUE VILLOTA LEGUIZAMON (STRATEGAS BANCA DE INVERSIÓN)

"SR. VILLOTA: [00:44:44] No, no, a ver, en los archivos, por ejemplo, en el segundo o en los primeros dos archivos están una serie de cálculos, cálculo de elusión y cálculo del VPIP y VPIPr, que, digamos, uno entiende como hicieron la aritmética y la matemática de los cálculos, sin embargo, esos archivos están soportados en información de tráficos de otros archivos y de otra información que no está.

Entonces, qué pasa, que nosotros podemos ver unas cifras de tráfico con las cuales hicieron cálculos, pero no sabemos ni pudimos encontrar otro documento que nos diga mire, esto viene de esta fuente oficial, vienen de esas actas de tráfico, es decir, son unos archivos que vienen en Excel.

Posteriormente, cuando nos llega la complementación del dictamen encontramos que los mismos archivos ya tienen información, pero esa información también viene en Excel, o sea, no es una información que uno pueda decir mire, fue tomada de aquí y obviamente está vaciada en el Excel. Entonces no sabemos de dónde provino esa información, de las menciones que hace el perito Bonus, entendemos que esa información fue suministrada por la Concesión, pero no sabemos si eso corresponde realmente a los tráficos que transitaron por esas vías, si el conteo fue… (Interpelado)

SR. SARMIENTO: [00:46:17] ¿Cómo se realizó el conteo?

SR. VILLOTA:: [00:46:18] Cómo se realizó el conteo, solamente encontramos un documento que da información de un día de 24

> horas, de un solo día, de un periodo posterior a la fecha que se hizo el primer el primer corte del dictamen, entonces no logramos encontrar si esas cifras de elusión, por ejemplo, están soportadas, validadas, si el interventor validó el proceso de toma de esas muestras que el contrató dice tendrá que hacerse los conteos, determinar la metodología, las cámaras, validado, o sea, no encontramos nada de eso.
>
> Entonces, digamos, una de las más importantes controversias que nosotros le hacemos al dictamen es, no sabemos si la fuente de información tomada es la correcta y corresponde, porque no tenemos el sustento o los soportes de base… y nosotros siempre que hacemos un dictamen corroboramos que las cifras sean, es 10, pues tenemos que soportar que fueron 10, o sea, no que alguien manipuló un archivo en Excel y fue un poquito más, un poquito menos, y a esto es lo que nosotros hemos anotado en nuestro contradicción. y.
>
> SR. SARMIENTO: [00:47:42] Y solo complementando, el contrato en su apéndice técnico No. 2, determina la metodología para hacer las mediciones de tráfico, es decir, eso en términos del contrato está definido, es lo que no observamos en la documentación. La aritmética el 1x1 da, de dónde viene el 1 y el otro 1, pues está puesto en un Excel, cuál es la fuente de ese Excel, no la encontramos"

h.- Contrato de Concesión Parte General

En la Cláusula 3.4. (h)(v) de la Parte General del Contrato de Concesión, se hace referencia en los siguientes términos:

> *"Para determinar el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse instalado la Estación de Peaje en los términos del Apéndice Técnico 1, con anterioridad al cumplimiento del término indicado en la Sección, el Concesionario deberá instalar en la ubicación original de la Estación de Peaje afectada, a su entero costo y riesgo, un equipo de conteo de tráfico con las características descritas en el Apéndice Técnico 2. El Interventor verificará y certificará que el equipo de conteo de tráfico es adecuado para los fines previstos y que los conteos hechos corresponden a la realidad del tráfico de vehículos."*

Así mismo, en la Cláusula 13.3.(d) de la Parte General del Contrato de Concesión, se indica:

> *"Los efectos desfavorables derivados de la elusión de los Usuarios de los Peajes, entendida como el uso legítimo de nuevas vías alternas, no contempladas actualmente, que tenga*

como efecto el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto.

Parágrafo. Forma de Valoración. La elusión de los Usuarios de los Peajes se define como el uso legítimo de vías alternas no contempladas en los estudios de tráfico del proyecto por decisiones discrecionales del Estado que deriva en el no paso por las Estaciones de Peaje del Proyecto, generando un efecto negativo dada una reducción en los ingresos del mismo. En consecuencia de lo anterior, al momento de materializarse este riesgo se deben tener en cuenta tres variables principales: ***[a]*** *el tráfico pronosticado del corredor vial que se tomó en cuenta para el proyecto,* ***[b]*** *el tráfico real de esta misma vía y* ***[c]*** *el tráfico real del(los) corredor(es) alterno(s). El Valor del Riesgo Materializado, será estimado como el conteo de tráfico que transita por el(los) corredor(es) alterno(s) multiplicado por la tarifas aplicables vigentes. La activación del riesgo será considerada desde el momento en el cual el (los) corredor(es) vial(es) alterno(s) esté(n) habilitado(s) y apto(s) para la circulación de tráfico vehicular. A partir de este momento, y considerando la continuidad del riesgo hasta la finalización del proyecto, la medición de este riesgo tendrá una recurrencia mensual a partir de su identificación. Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los mecanismos de compensación de riesgos, contemplados en la Sección de esta Parte General."*

Hecho el anterior recuento, el Tribunal, debe hacer las siguientes **consideraciones** adicionales:

Ante la imposibilidad de efectuar el aforo de los vehículos eludidos con aplicación estricta de los procedimientos y la metodología contractual prevista sobre la forma como se debe acreditar el valor materializado de los riesgos a compensar, esto es, por los motivos ya expuestos en los cuales se precisa la forma que en el Contrato se establecen facultades de tipo discrecional para la entidad contratante o se le imponen obligaciones al concesionario de imposible cumplimiento por cuanto debe contar con la aceptación de su contraparte o de su delegado el interventor, para cumplirlas, se hace necesario determinar o cuantificar un valor real o al menos razonable de los montos de la elusión y con ellos del valor materializado de los riesgos a compensar que haga posible el uso de los mecanismos contractuales compensatorios previstos para el caso, *entre ellos, la solicitud de terminación del contrato*.

Al efecto, se han utilizado mecanismos de medición válidos, con metodologías generalmente aceptadas, que producen resultados aceptables que le permiten al Tribunal ejercer su función jurisdiccional.

La metodología seguida por el experto contiene una serie larga de observaciones desde octubre de 2021 hasta octubre de 2022, la cual se extiende en el informe complementario hasta abril de 2023, serie en la cual se evalúa el número de vehículos eludidos y la categoría de cada uno de ellos; esa serie relativamente larga, permite compensar los efectos estacionales de ciertos tipos de vehículos, como los de pasajeros en temporada de vacaciones o los de carga en otros meses; así, la serie es estable y no genera defectos estadísticos importantes.

La cantidad y características de los vehículos se cuantifica por el valor de las tarifas vigentes en cada momento y luego se corrige con las fórmulas contractuales.

Los mecanismos de medición y los reportes generan credibilidad razonable y fueron revisados por otros expertos y si bien la metodología de captación de información y validación no fue efectuada en la forma prevista en la disposición contractual por los motivos ya indicados, generan credibilidad razonable para el Tribunal que es suficiente para los efectos antes indicados.

En consecuencia y para los ***solos efectos de la determinación de la "suficiencia***" de la disponibilidad y utilización de los mecanismos de compensación previstos en la Cláusula 13 del Contrato, el Tribunal acogerá la suma de COL $ 20.719.994.124.

Ahora, no siendo viable ninguno de los primeros cuatro mecanismos previstos escalonadamente para compensar el menor valor recaudado, procede entonces la pretensión de aplicar el mecanismo 5° que le permite al Concesionario solicitar la terminación anticipada del Contrato de Concesión en los estrictos y precisos términos contenidos en el numeral 3.4. (i)-(ii) (5) del mismo, lo cual indica que las Partes –ANI y Concesionario– podrán acordar soluciones a los hechos que generaron el derecho de compensación antes que opere dicha terminación anticipada del Contrato.

De conformidad con las consideraciones hasta ahora expuestas en esta providencia, el Tribunal dispondrá la terminación del Contrato como lo pide la Parte Convocante, en los términos del numeral 3.4. (i)-(ii) (5) del Contrato de Concesión, previas las siguientes consideraciones adicionales en relación con el principio de razonabilidad en las decisiones judiciales y la continuidad de la prestación del servicio público en los contratos de concesión:

Considerando que frente al caso que nos ocupa, ante la imposibilidad de aplicar los primeros cuatro mecanismos de compensación establecidos en favor del Concesionario y que el Contrato de Concesión le permite solicitar la terminación anticipada del mismo, en los estrictos y precisos términos contenidos en el numeral 3.4. (i)-(ii) (5), lo cual indica que las Partes - ANI y Concesionario - podrán acordar soluciones a los hechos que generaron el derecho de compensación antes que opere dicha terminación anticipada del Contrato, se hace necesario exhortar a las Partes para que conforme a dichos términos, fijen un plazo prudencial, no mayor a cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria del presente Laudo Arbitral, para que durante él, puedan acordar los mecanismos contractuales adicionales tendientes a evitar la terminación anticipada de que trata dicho numeral, que ojalá

permita la continuidad del Contrato y con ello la continuidad en la prestación del servicio público. Vencido este término sin que se logre dicho acuerdo se producirá la terminación del contrato.

La Continuidad en la Prestación del Servicio Público y el Principio de Razonabilidad de las Decisiones Judiciales:

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, establece como uno de los fines de la contratación estatal la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, al señalar: "*Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos,* ***las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos*** *y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines." (*Negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 32 de la citada Ley 80 define el contrato de concesión como un contrato a través del cual se le entrega a un privado las prestación de un servicio público, así: "*4. Contrato de concesión* ***Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario*** *la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o* ***la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público****, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden." (*Negrilla fuera de texto)

La Ley 1508 de 2012 define en su artículo 1 el Contrato de APP, como un contrato mediante el cual se garantiza la disponibilidad de un servicio público, manifestando que: "(…) ***un instrumento de vinculación de capital privado,*** *que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados****, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio****."*** (Negrilla fuera de texto)

Es así como el Contrato de Concesión que nos ocupa, integra a su objeto la prestación de un servicio público, el cual es definido por la Ley 80 de 1993 en su artículo 2, como: "***Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua****, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.*" (Negrilla fuera de texto)

Al respecto la Sentencia C-300 de 2012, en su parte motiva describe con absoluta claridad la relevancia de la continuidad en la prestación del servicio público en los

contratos de concesión, al señalar: "***Este entendimiento del contrato desarrolla entonces los principios constitucionales de eficiencia, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos****. Además, estas características distinguen al contrato de concesión de obra pública de un mero contrato de obra, pues en este último el objeto se circunscribe a la construcción de la misma, sin que su funcionamiento o adecuación a nuevas exigencias de la prestación del servicio puedan ser considerados como parte de su objeto, como sí sucede en el contrato de concesión."*

La Ley 1508 de 2012 ratifica la importancia de la continuidad del servicio público en los contratos de concesión - los cuales se encuentran comprendidos entre los contratos de asociación público privada (Art. 4) – al manifestar como una de las prerrogativas del Gobierno Nacional "(…) ***reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la*** *disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad,* ***garantía de continuidad del servicio*** *y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la presente ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores."* Negrilla fuera de texto

Así, entonces, resulta necesario otorgar un término prudencial para que opere la terminación anticipada del Contrato de Concesión, con el propósito de que las Partes puedan acordar un mecanismo de solución que permita la continuidad del Contrato y con ello la continuidad en la prestación del servicio público, mediante el uso del principio de razonabilidad de las decisiones judiciales. Como arriba se ha indicado, no podrá exceder de cuatro (4) meses.

La relación entre el principio de razonabilidad de las decisiones judiciales y la finalidad perseguida por las mismas, esta también mencionada en la Sentencia C-011 de 1994, al señalar: "***El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista****".* Negrilla fuera de texto

A su vez la Sentencia C-1026 de 2001 proferida por la Corte Constitucional, citando una sentencia anterior de la misma Corporación, indicó: "***También esta Corte ha señalado que la autonomía que la Carta "reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados****" (sentencia C-301/93); esto es, los frutos del ejercicio hermenéutico deben ser razonables****." (*Negrilla fuera de texto).

La Corte Constitucional reiteró la importancia del "criterio finalista" en las decisiones judiciales, al manifestar en la Sentencia C-1026 de 2001: "***Se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista,*** *que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, (…)"* Negrilla fuera de texto

La misma Corporación trató el deber de los jueces de respetar el principio de razonabilidad en su Sentencia T-364 de 2020. Sus preceptos principales son:

(i) La actividad judicial debe integrar, "*adicional a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.*"

(ii) Los jueces deben "*consultar los principios de razonabilidad y proporcionalidad de una medida prevista en la ley* (…)".

(iii) El principio de razonabilidad se concreta en el de proporcionalidad, y en consecuencia debe responder a tres conceptos: "*la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin* (…)*, y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.*"

La Sentencia T-472 de 2011 señaló en relación con el principio de razonabilidad, algunos preceptos complementarios, a saber:

(i) No es suficiente que el juez *"cumpla con las exigencias de motivación de sus actos no basta con que exponga determinadas proposiciones, de hecho y de derecho, aunque luego extraiga una conclusión congruente con ellas."*

(ii) El juez no debe limitar su decisión a manifestar "*que el Derecho positivo ordena, prohíbe o permite determinada solución y a continuación tan sólo citar algunos artículos."*

(iii) El juez *"deberá basarse en una evaluación que contenga razones y argumentos fundados no sólo en reglas de "racionalidad", sino también en reglas de carácter valorativo, pues con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, y con la "razonabilidad" se pretende evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden parecer lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.*"

En conclusión, la Corte Constitucional ha insistido en múltiples ocasiones que el operador judicial debe proferir sus decisiones observando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual se hace por este Tribunal al permitirle a las Partes del Contrato de Concesión un término prudente para que ellas alcancen un acuerdo que permita su continuidad y la de la prestación del servicio público en cuestión.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal accederá a declarar la prosperidad de la pretensión Vigésima Tercera.

18.24.- LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA

El texto de la pretensión vigésima cuarta es el siguiente:

> ***"VIGÉSIMA CUARTA.-*** *Como derivación del despacho favorable de la pretensión anterior, se ordene la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato".*

18.24.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Frente al particular, el extremo activo de la litis solicitó dar aplicación a la fórmula de liquidación del Contrato de que trata la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato de Concesión.

18.24.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La ANI se opuso a la prosperidad de esta pretensión pues, como lo manifestó en su oposición a la prosperidad de las pretensiones que preceden, a su juicio no existe materialización del riesgo y, por ello, a la fecha no se han agotado los mecanismos de compensación contenidos en la Cláusula 3.4.(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión, de manera que no hay lugar a la terminación anticipada del Contrato y, en consecuencia, no hay lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de trata la sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato, pues los presupuestos contractuales previstos para tales efectos son inexistentes.

18.24.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como se trata de una pretensión declarativa, tal como fue atrás analizado y quedó visto, la fórmula de liquidación establecida y pactada en la letra (f) de la Sección 18.3 del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, está llamada a ser aplicada en dos (2) eventos o hipótesis diferentes, a saber:

a).- Cuando haya lugar a la *"Terminación Anticipada* [del Contrato] *en Etapa de Operación y Mantenimiento",* y

b).- Cuando no sea *"posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv)"* y alguna de las Partes solicite *"la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii)",* tal como lo prevé y lo dispone la transcrita estipulación contenida en el numeral 3.4(h)(viii)(5) del citado Contrato de Concesión, caso este en el cual, si se configura esa hipótesis fáctica, no importará entonces la etapa o fase en la cual estuviere el contrato cuando tuviere ocurrencia su Terminación Anticipada.

Así las cosas, para definir con certeza si en el presente caso resultaba viable la aplicación de la comentada fórmula de liquidación que las Partes convinieron en la pluricitada Sección 18.3(f) de su Contrato de Concesión No. 002 de 2015, lo que equivale a estimar las referidas PRETENSIONES DECLARATIVA VIGÉSIMA CUARTA y PRIMERA DE CONDENA de la Demanda, es necesario que se reúnan, como ocurre en el presente caso, los siguientes requisitos o elementos, en forma concurrente: ***i)*** que se establezca la existencia de un valor resultante del menor Recaudo de Peaje que deba serle compensado al Concesionario; ***ii)*** que no operen o que no resulten suficientes los mecanismos de compensación establecidos en los

numerales 1 a 4 del subnumeral (viii) de la letra (h) del numeral 3.4 del aludido Contrato de Concesión, y ***iii)*** que de manera consecuencial, también haya lugar a despachar favorablemente la pretensión VIGÉSIMA TERCERA DECLARATIVA, la cual se encamina a obtener que "[s]*e declare la Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015".*

Cumplidos tales requisitos, se accede a declarar, no a ordenar, que procede la *aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato".*

De conformidad con lo anterior, el Tribunal accederá a declarar parcialmente la prosperidad de la pretensión Vigésima Cuarta.

19.- ANÁLISIS DE CADA PRETENSIÓN DE CONDENA DE LA DEMANDA ARBITRAL

De conformidad con lo anunciado y con apoyo en todo lo expuesto, lo cual incluye el análisis de las disposiciones legales aplicables y los soportes probatorios que se han mencionado, procede el Tribunal a efectuar el examen individual de cada PRETENSIÓN DE CONDENA de la Demanda arbitral subsanada, sin perjuicio del análisis que deberá efectuarse en relación con las EXCEPCIONES propuestas en su defensa por la Entidad Estatal Convocada.

19.1.- PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA

La pretensión Primera de condena de la demanda arbitral subsanada es del siguiente tenor:

> *"PRIMERA.- Se disponga que como corolario del despacho favorable de las PRETENSIONES DECLARATIVAS suplicadas; y, en particular de la pretensión declarativa VIGÉSIMA CUARTA la Convocada deberá pagar a la Convocante el valor resultante de la aplicación de lo dispuesto en la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato 002 de 2015."*

19.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Frente al particular, el extremo activo de la litis solicitó dar aplicación a la fórmula de liquidación del Contrato de que trata la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato de Concesión.

19.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La ANI se opuso a la prosperidad de esta pretensión así como lo hizo frente a las Pretensiones Declarativas Vigésima Tercera y Vigésima Cuarta pues, como lo manifestó en su oposición a la prosperidad de las pretensiones declarativas que preceden entre ellas, las citadas pretensiones, a su juicio, no existe materialización del riesgo y, por ello, a la fecha no se han agotado los mecanismos de compensación contenidos en la Cláusula 3.4.(i)-(ii) de la Parte General del Contrato

de Concesión, de manera que no hay lugar a la terminación anticipada del Contrato y, en consecuencia, no hay lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de trata la sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato y por lo tanto al pago del valor resultante de su aplicación, pues los presupuestos contractuales previstos para tales efectos son inexistentes.

19.1.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La Primera Pretensión de Condena, presentada como consecuencial *"del despacho favorable de las* ***PRETENSIONES DECLARATIVAS (…)*** *y, en particular de la pretensión declarativa* ***VIGÉSIMA CUARTA",*** se circunscribe a reclamar el pago de la suma que resulte de aplicar la mencionada estipulación *"18.3(f) de la Parte General del Contrato 002 de 2015".*

El Tribunal itera que tal como fue atrás analizado y quedó visto, la fórmula de liquidación establecida y pactada en la letra (f) de la Sección 18.3 del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015, está llamada a ser aplicada en dos (2) eventos o hipótesis diferentes, a saber:

a).- Cuando haya lugar a la *"Terminación Anticipada* [del Contrato] *en Etapa de Operación y Mantenimiento",* y

b).- Cuando no sea *"posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv)"* y alguna de las Partes solicite *"la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii)",* tal como lo prevé y lo dispone la transcrita estipulación contenida en el numeral 3.4(h)(viii)(5) del citado Contrato de Concesión, caso este en el cual, si se configura esa hipótesis fáctica, no importará entonces la etapa o fase en la cual estuviere el contrato cuando tuviere ocurrencia su Terminación Anticipada.

Como se señaló al resolver favorablemente la pretensión declarativa Vigésima Cuarta de la Demanda arbitral, también para resolver favorablemente la consecuencial pretensión Primera de Condena de la misma demanda arbitral, es necesario que se reúnan, como ocurre en el presente caso, los siguientes requisitos o elementos, en forma concurrente: ***i)*** que se establezca la existencia de un valor resultante del menor Recaudo de Peaje que deba serle compensado al Concesionario; ***ii)*** que no operen o que no resulten suficientes los mecanismos de compensación establecidos en los numerales 1 a 4 del subnumeral (viii) de la letra (h) del numeral 3.4 del aludido Contrato de Concesión, y ***iii)*** que de manera consecuencial, también haya lugar a despachar favorablemente la pretensión VIGÉSIMA TERCERA DECLARATIVA, la cual se encamina a obtener que "[s]*e declare la Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015".*

Cumplidos tales requisitos, como hay lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de trata la sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato y, por lo tanto, al pago del valor resultante de su aplicación, se accede a la Pretensión Primera de Condena de la demanda arbitral.

19.2.- PRETENSIÓN SEGUNDA DE CONDENA

La pretensión Segunda de condena de la demanda arbitral subsanada es del siguiente tenor:

> *"SEGUNDA.- Que en añadidura de la pretensión anterior se disponga que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA S.A. deberán iniciar y culminar el proceso de reversión de la infraestructura concesionada bajo el Contrato 002 de 2015; observando para el efecto los términos y condiciones que regula la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo IX Sección 9.7, en el plazo máximo que señalen Sus Señorías contado a partir de la fecha en que adquiera firmeza el Laudo que se profiera como cierre de este Arbitraje."*

19.2.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Frente al particular, el extremo activo de la litis solicitó del Tribunal disponer que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA S.A. iniciar y culminar el proceso de reversión de la infraestructura concesionada bajo el Contrato 002 de 2015, observando para el efecto los términos y condiciones que regula la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo IX Sección 9.7, en el plazo máximo que el Tribunal señale, contado a partir de la fecha en que adquiera firmeza el Laudo.

19.2.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Parte Convocada se opuso a la prosperidad de esta pretensión así como lo hizo frente a las Pretensiones Declarativas Vigésima Tercera, Vigésima Cuarta y Primera de Condena pues, a su juicio, no existe materialización del riesgo y, por ello, a la fecha no se han agotado los mecanismos de compensación contenidos en la Cláusula 3.4.(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión, de manera que no hay lugar a la terminación anticipada del Contrato, no hay lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de trata la sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato y por lo tanto al pago del valor resultante de su aplicación, pues los presupuestos contractuales previstos para tales efectos son inexistentes y, en consecuencia, no hay lugar a iniciar y culminar el proceso de reversión de la infraestructura concesionada bajo el Contrato 002 de 2015, observando para el efecto los términos y condiciones que regula la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo IX Sección 9.7.

19.2.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Esta Pretensión Segunda de condena se encamina a obtener que se ordene a la Entidad Estatal Contratante y ahora Convocada, que adelante el proceso de reversión de la infraestructura objeto del Contrato de Concesión No. 002 de 2015.

La sección 9.7 del Contrato de Concesión No. 002 establece

"9.7 Etapa de Reversión

"(a) Al Día siguiente de (i) la Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento de que trata la Sección 2.4(c) de esta Parte General, o (ii) antes de la declaratoria de Terminación Anticipada del Contrato, el Concesionario y el Interventor deberán iniciar la verificación final del Proyecto con el fin de proceder a la Reversión.

"(b) Sin perjuicio de la obligación que le asiste al Concesionario en cuanto a la ejecución de las Intervenciones, las obligaciones de Operación y las Obras de Mantenimiento a que se refiere el Contrato, se entenderá que la ANI se hará propietario de las obras que conforman el Proyecto al momento de su ejecución, incluyendo además, pero sin limitarse, las Estaciones de Peaje y de Pesaje, junto con la totalidad de los bienes muebles o inmuebles por destinación o adhesión, que se encuentren en las mismas, no obstante lo cual, el Concesionario conservará la mera tenencia para efectos del cumplimiento del Contrato y será por ende responsable de la guarda material y jurídica de tales bienes aquí mencionados que conforman el Proyecto.

"(c) Estos bienes de propiedad de la ANI, y, en general, todos los bienes inmuebles con todas sus anexidades y los equipos, software y demás activos que hacen parte del Proyecto, serán entregados a la ANI, según corresponda, en las condiciones señaladas en el Apéndice Técnico 2 al momento de la terminación de la Etapa de Reversión.

"(d) El procedimiento para la Reversión incluirá:

(i) Actualización del Inventario de Activos de la Concesión que incluirá todos los bienes inmuebles por adhesión y destinación y en general todos aquellos bienes que (1) hayan sido adquiridos por el Concesionario y se encuentren destinados a las actividades de Operación, lo cual en ningún caso incluirá maquinaria de construcción; (2) hayan sido entregados por la ANI; y (3) que hubieren sido de particulares que hayan sido requeridos por el Proyecto. En todo caso este listado incluirá — como mínimo— el listado de bienes revertibles que aparece en el Apéndice Técnico 2. Así mismo, se verificará que los Predios adquiridos se encuentran libres de toda ocupación ilegal.

(ii) Un recorrido del Corredor del Proyecto con el Interventor en la cual se dejará constancia de las condiciones técnicas del Proyecto incluyendo la medición de los Indicadores, el estado de los Predios que conforman el Corredor del Proyecto y de las Fajas.

(iii) El Concesionario deberá actualizar la Memoria Técnica correspondiente a todas las Unidades Funcionales que hacen parte del Proyecto.

(iv) En el evento en que haya activos en leasing o arriendos de cualquier naturaleza, tales contratos deberán terminarse anticipadamente por el Concesionario (y asumir el costo de tal terminación) de manera que se pueda transferir la propiedad de dichos activos a la ANI.

(v) En caso de ser necesario, deberán suscribirse las escrituras públicas requeridas para la transferencia de bienes inmuebles y los contratos de transferencia de aquellos muebles sujetos a registro.

(vi) El Concesionario deberá adelantar todos los trámites tendientes al perfeccionamiento de las transferencias de los bienes muebles e inmuebles.

(vii) El Concesionario deberá realizar la entrega de los activos relacionados con la Propiedad, Planta y Equipo de acuerdo con el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación de hechos relacionados con las propiedades, planta y equipo, contemplado en el Régimen de Contabilidad Pública y en la doctrina contable pública.

(viii) El Concesionario deberá realizar la entrega de los activos intangibles de acuerdo con el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación de los activos intangibles, contemplado en el Régimen de Contabilidad Pública y en la doctrina contable pública.

(ix) El Concesionario deberá hacer la entrega de los bienes, construcciones e inmuebles que fueron entregados al Concesionario en el momento de la suscripción del Contrato de acuerdo con lo establecido en la Resolución 237 de 2010 de la Contaduría General de la Nación y demás normas que la modifiquen, complementen o sustituyan. (x) El Concesionario deberá entregar un avalúo de los activos fijos debidamente actualizado.

(x) El Concesionario deberá entregar diligenciados y conciliados con la Interventoría, los formatos fm 112A (inversión del privado) y fin 112B (Recaudo de Peajes).

"(e) El procedimiento para la Reversión se realizará dentro del Plazo Máximo de la Etapa de Reversión. Concluido el mismo se

> *suscribirá el Acta de Reversión, en la cual se dejará constancia de las condiciones técnicas del Proyecto incluyendo la medición de los Indicadores, del Inventario de Activos de la Concesión actualizado y de todos los demás aspectos del procedimiento de Reversión a los que se refiere la Sección 9.7(d) anterior.*
>
> *"(f) Los Indicadores deberán cumplir con los previstos en el Apéndice Técnico 4 para el recibo del Proyecto.*
>
> *(g) El no cumplimiento de los Indicadores previstos para la Reversión o el no cumplimiento de cualquiera otra obligación del Concesionario prevista en este Contrato, para hacer efectiva la Reversión, no retrasará el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión, ni impedirá la suscripción del Acta de Reversión. De esos incumplimientos se dejará constancia en dicha Acta. Las sanciones y demás consecuencias que de acuerdo con este contrato y la Ley Aplicable tengan los incumplimientos serán objeto del Acta de Liquidación."*

Al haber resuelto favorablemente (y de manera parcial) la pretensión declarativa Vigésima Cuarta de la Demanda Arbitral, así como también la consecuencial pretensión Primera de Condena de la misma demanda arbitral, por reunirse los siguientes requisitos o elementos, en forma concurrente: ***i)*** que se establezca la existencia de un valor resultante del menor Recaudo de Peaje que deba serle compensado al Concesionario; ***ii)*** que no operen o que no resulten suficientes los mecanismos de compensación establecidos en los numerales 1 a 4 del subnumeral (viii) de la letra (h) del numeral 3.4 del aludido Contrato de Concesión; y, ***iii)*** que de manera consecuencial, también haya lugar a despachar favorablemente la pretensión VIGÉSIMA TERCERA DECLARATIVA, la cual se encamina a obtener que "[s]*e declare la Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015";* y, como hay lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de trata la sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato y, por lo tanto, al pago del valor resultante de su aplicación, se accede a la Pretensión Primera de Condena de la demanda arbitral, procede igualmente acceder parcialmente a esta pretensión Segunda de condena y con fundamento en todo lo expuesto en esta providencia, dispone que las Partes Convocante y Convocada deberán iniciar y culminar el proceso de reversión de la infraestructura concesionada bajo el Contrato 002 de 2015, observando para el efecto los estrictos términos y condiciones previstos en el Capítulo IX, Sección 9.7 de la Parte General del citado Contrato de Concesión.

Empero, el Tribunal por lo tanto no señalará un plazo para tal efecto, porque ello excede su competencia, aspecto sobre el cual se niega entonces parcialmente dicha pretensión.

19.3.- PRETENSIÓN TERCERA DE CONDENA

La pretensión Tercera de condena de la demanda arbitral subsanada es del siguiente tenor:

> *"TERCERA.- Que a la par se disponga que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA deberán iniciar y culminar el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 002 de 2015; observando para el efecto los términos y condiciones que la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo XVIII, en el plazo máximo que señalen Sus Señorías, contado a partir de la fecha en que adquiera firmeza el Laudo que se profiera como cierre de este Arbitraje."*

Esta Pretensión Tercera de condena persigue que se ordena a la Entidad Estatal Contratante, y ahora Convocada, que inicie y lleve hasta su culminación *"el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 002 de 2005; observando para el efecto los términos y condiciones* [de] *la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo XVIII".*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Al haber resuelto favorablemente la pretensión declarativa Vigésima Cuarta de la Demanda arbitral, así como también las consecuenciales pretensiones Primera y Segunda de Condena de la misma demanda arbitral, con fundamento en todas las consideraciones expuestas en esta providencia, procede igualmente acceder parcialmente a esta Tercera Pretensión de condena y dispone que, una vez se suscriba el Acta de Reversión, las Partes Convocante y Convocada deberán iniciar y culminar el proceso de liquidación del Contrato de Concesión No. 002, observando estrictamente para tal efecto los términos y condiciones previstos en el *Capítulo XVIII de la Parte General del* Contrato de Concesión No. 002 el cual regula su liquidación y determina que este "se liquidará en un término máximo de ciento ochenta (180) Días contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Reversión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012)." (18.1).

Por lo tanto, el Tribunal no señalará un plazo para tal efecto, porque ello excede su competencia, aspecto sobre el cual se niega entonces parcialmente dicha pretensión.

19.4.- PRETENSIÓN CUARTA DE CONDENA

La pretensión Cuarta de condena de la demanda arbitral subsanada es del siguiente tenor:

> *"CUARTA.- Que se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– a cubrir en favor de APP GICA las costas del proceso y las correspondientes agencias en derecho".*

Esta Pretensión Cuarta de condena que gira en torno al reclamo de *"las costas del proceso y las correspondientes agencias en derecho"* se resolverá más adelante, una vez el Tribunal se pronuncie expresamente sobre las excepciones de mérito.

20.- LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

Comoquiera que, según se ha explicado con detalle, buena parte de las pretensiones declarativas tienen vocación de prosperidad, se impone la necesidad de adelantar el estudio detallado de cada una de las EXCEPCIONES propuestas en su defensa por la Parte Convocada, antes de que se pueda precisar cuál ha de ser entonces la suerte de las pretensiones de condena.

A ello se procede así:

20.1.- "*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*"

Esta excepción se fundamenta en que, de acuerdo con el esquema de distribución de riesgos inherente al contrato estatal, es el originador quien debe identificar y valorar los riesgos del proyecto y asumir aquellos de carácter previsible y normales en la ejecución de este tipo de negocios jurídico.

Por ello, luego de rememorar el marco normativo en materia de distribución e riesgos, adujo la ANI que *"la ejecución del Contrato de Concesión N° 002 de 2015 es a cuenta y riesgo de Concesión APP GICA S.A.S., y debe asumir los efectos favorables o desfavorables de la ejecución del proyecto, dentro de los límites establecidos en el Contrato mismo, el Originador, fue quien en el marco de sus obligaciones legales estableció y definió para el contrato los mecanismos de tipificación y asignación de riesgos previsibles, que posteriormente debieron surtir los trámites de ley ante las instancias nacionales correspondientes para poder ejecutar el proyecto".*

Esta excepción no está llamada a prosperar, dado que, como se vio al resolver las pretensiones, Quedó probado que la ANI no ha ejecutado hasta ahora lo que se comprometió, esto es, dejar en un solo sentido la dirección de la vía antigua, en otras palabras dejarla unidireccional Cajamarca-Ibagué y, por el contrario, como aquélla opera en doble sentido o bidireccional, sin la caseta de control de peaje Cocora, y la puesta en funcionamiento de la nueva vía construida por el Concesionario, ello ha generado la elusión del peaje de Cocora, fenómeno que ha producido una grave afectación en la estructura tarifaria ante la imposibilidad de recaudar todo el peaje.

En consecuencia, la distribución y asignación de los riesgos en el contrato estatal materia de este proceso, no es una temática que impida la prosperidad de las pretensiones, dado que, como se vio, la ANI no ha permitido la instalación y puesta en operación de la Caseta de Control de Peaje Cocora, luego ese hecho generó la elusión y, por ende, el Concesionario no están obligado a asumir las consecuencias de ello, de suerte que ello da derecho a pedir la terminación del Contrato ante la insuficiencia de los mecanismos de compensación.

20.2.- ***"LA NO INSTALACIÓN DE LA CASETA DE PEAJE OBEDECE A HECHOS IMPUTABLES AL CONCESIONARIO POR INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES – EL DEBER DE OBRAR DE BUENA FE Y RESPETAR LOS ACTOS PROPIOS"***

Esta excepción de mérito se basa en que, según lo afirmó la ANI en su contestación de la demanda, el plazo para las intervenciones contempladas en el Contrato para los subsectores 2 y 3 (calzada derecha) de la Unión Funcional 2, se encontraban previstas para el 19 de abril de 2022, pero luego de concedido un Plazo de Cura de 60 días, de tal suerte que el plazo final para la entrega de las intervenciones se corrió hasta el 6 de junio de 2022. Y añadió que si bien es cierto *"(…) el Concesionario puso a disposición la calzada derecha, no obstante, de conformidad con las estipulaciones contractuales, la Interventoría y la Agencia tendrán un plazo de 60 días para realizar el Procedimiento de Verificación, y en caso de encontrarse que cumple con las condiciones, las Partes tendrán 10 días hábiles para suscribir el Acta de Terminación de Unidad Funcional, lo que da como fecha probable de suscripción del Acta a finales del mes de octubre; ahora, en caso de no encontrarse cumplidas las condiciones mínimas, la Interventoría y la ANI podrán solicitar correcciones".*

Esta defensa no está llamada a prosperar, toda vez que está probado que la Concesionaria se allanó a cumplir con la obligación a su cargo consistente en construir y poner en operación la Caseta de Control Cocora, pero fue la ANI quien se opuso a ello, con independencia de si ya se había puesto a disposición o no la calzada derecha de la Unidad Funcional 2, dado que, como se lo expresó a la comunidad, su decisión fue la de no autorizar la puesta en operación de la aludida Caseta de Control; expresado en otras palabras: No fueron las citadas obras de la calzada derecha las que impidieron la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control, sino la decisión de la ANI de no autorizar que el Concesionario cumpliera con dicha obligación a su cargo.

20.3.- ***"LA INSTALACIÓN DE LA CASETA DE CONTROL ES UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO A CUENTA Y RIESGO DEL CONCESIONARIO"***

Atendiendo a lo pactado en los Otrosíes 1 y 3, en donde se señaló que la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control se debía realizar a cuenta y riesgo del Concesionario, concluyó la ANI que ello "*fija un contenido en virtud del cual el grado de responsabilidad que le atañe respecto de las actividades que debe ejecutar es el de la mayor exigencia en un negocio de esta naturaleza, esto es, en una concesión dentro del marco de las APP en las 4G."*

Al respecto, como ya se indicó, obran en el expediente manifestaciones claras e inequívocas de parte de la ANI, con destino a la Concesionaria, en el sentido de no autorizar, por diferentes razones y motivos y en diferentes momentos, la construcción y puesta en operación de la Caseta de Control Cocora, a pesar de que contractualmente las Partes habían acordado que ella funcionaría a partir del 1º de enero de 2022. En consecuencia, a juicio del Tribunal, como quedó definido al resolver, entre otras, la pretensión décimo primera, lo cierto es que fue por ausencia

de autorización de la ANI que no ha sido posible que la Caseta de Control esté instalada y en operación, motivo por el cual esta excepción no está llamada a prosperar.

20.4.- ***"EL TRÁMITE DE MODIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 000175 DE 2015 ANTE EL MINISTERIO DE TRANSPORTE NO SE HA ADELANTADO POR LA NO ENTREGA DE LOS INSUMOS POR PARTE DEL CONCESIONARIO"***

Este tema fue decidido al momento de abordar el estudio de la pretensión décimo primera y allí concluyó el Tribunal que la clara intención de las partes al haber pactado la instalación de la Caseta de Control Cocora tuvo como propósito evitar la elusión, la cual debía ubicarse dentro de los PR establecidos en la Resolución No. 0175 del 6 de febrero de 2015, propósito que no se cumpliría de manera inmediata si las Partes hubiesen condicionado ello a la previa y necesaria modificación de la mencionada Resolución No. 0175 de 2015, pues ella dependía de un tercero, esto es, del Ministerio de Transporte.

En todo caso, con independencia de lo anterior, esto es, de si era necesario o no proceder con la modificación de la Resolución No. 0175 de 2015, lo cierto es que la ANI expresó su decisión de que dicha Caseta no se pusiera en operación en las fechas contractualmente previstas y acordadas, como puede verse en la Comunicación No. ANI 20223050159761 del 2 de junio de 2022 y en la comunicación No. ANI 20223050190001 del 29 de junio de 2022, ya citadas.

Por ello, esta excepción será denegada.

20.5.- ***"INEXISTENCIA DE ELUSIÓN POR LA NO INSTALACIÓN DE LA CASETA DE CONTROL DE PEAJE COCORA"***

En la contestación de la demanda se indicó que de acuerdo con las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión no se ha configurado la elusión por el hecho de que no se haya instalado la Caseta de Control Cocora, dado que *"para catalogar como elusión el tráfico que actualmente hace su tránsito entre Boquerón y Coello – Cocora se tendría que cumplir con la condición contractual de instalar la caseta de control que tal y como se pactó en la suscripción del Otrosí No 3, la misma debería darse en el momento que se ponga en operación la calzada derecha tramos 2 y 3, condición que se no se ha cumplido por parte del Concesionario a la fecha y que de acuerdo con los términos contractuales, a la fecha se encuentra en mora de acreditar.".*

Al momento de acerca de la configuración de la elusión, el Tribunal halló que en la forma como aquella se ha presentado no corresponde a uno de los riesgos que por la naturaleza de las obligaciones del Concesionario la haya sido asignado. También se concluyó se trata de un riesgo que no pudo ser previsto al momento de la celebración del Contrato y el Tribunal no encuentra en el expediente elemento de prueba que permita inferir que su configuración pueda ser imputable a la responsabilidad del Concesionario, puesto que, por sus características, por su anormalidad y por su magnitud en términos de cuantía, debe serle compensado a

dicho Concesionario, razones más que suficientes para que se declare no probada la excepción.

20.6.- *"EL MODELO FINANCIERO NO ES VINCULANTE, NI ES EQUIVALENTE A UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL"*

En la contestación de la demanda se indicó como sustento de este medio exceptivo, "el modelo financiero de APP GICA S.A.S. si bien es la base para determinar el ingreso esperado sobre las unidades funcionales que hacen parte del Proyecto, no tiene la entidad de ser un modelo financiero contractual. En esa medida las inversiones a realizar no tienen fundamento en el referido modelo financiero, sino en el contrato que establece de manera contundente las obligaciones a cargo del Concesionario, por lo que la ANI solicita respetuosamente al Honorable Tribunal acoger esta excepción".

El Tribunal en el presente laudo arbitral, para efectos del análisis de la prosperidad de las pretensiones, analizó los efectos que tiene en este tipo de Contratos el modelo financiero y concluyó que aunque no es vinculante ni es una estipulación de naturaleza contractual, como se indica en la excepción, lo cierto es que se tuvo en cuenta que desde el Modelo Financiero, en concordancia con lo establecido en la Parte General del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, como en su Parte Especial, que el VPIP se cubriría mediante la cesión del recaudo de peajes del Proyecto, en la forma y términos contractualmente acordados.

Como la prosperidad de las pretensiones no parte de la base que el Modelo Financiero sea obligatorio o vinculante para la ANI y no le está dando el alcance de una estipulación contractual, esta excepción de fondo no está llamada al fracaso.

20.7.- *"LA IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO"*

Esta excepción se despachará desfavorablemente, dado que al resolver las pretensiones encaminadas a ordenar la terminación anticipada del Contrato de Concesión se expresaron las razones de hecho y de derecho que fundamentan la terminación.

21.- DEL JURAMENTO ESTIMATORIO Y SU OBJECIÓN

En la demanda subsanada la Convocante incorporó juramento estimatorio de sus pretensiones, el cual fue oportunamente objetado por la ANI al tenor de lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso.

De la lectura de las pretensiones de la demanda y de las determinaciones que habrán de adoptarse en este laudo arbitral, encuentra el Tribunal que no hay lugar a examinar si deben imponerse las sanciones establecidas en la norma procesal en cita, toda vez que en este caso no se formularon pretensiones indemnizatorias, por lo cual no es posible entrar a determinar la diferencia entre lo estimado en el juramento y en el laudo y, por consiguiente, no es del caso determinar la aplicación

de las referidas sanciones, a lo cual debe agregarse que la decisión de denegar algunas de las súplicas de la demanda, no tiene su fundamento en la falta de prueba del daño reclamado.

22.- DE LA CONDENA EN COSTAS

Conforme con lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, legislación procesal vigente y aplicable al proceso arbitral, la parte que es vencida en juicio debe ser condenada en costas, condena que puede ser total o parcial dependiendo de que las súplicas, a su vez, prosperen total o parcialmente, dado que la ley permite que el juzgador imponga condena parcial o se abstenga de imponer condena en costas en aquellos casos de prosperidad parcial de las pretensiones, decisión que debe estar motivada en forma adecuada, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5º de la citada disposición.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 361 del Código General del Proceso, las costas están integradas por dos rubros: en *primer lugar*, por las expensas las cuales corresponden a los gastos en que incurre la parte vencedora del proceso y que deben estar debidamente acreditados en el expediente; y, en *segundo lugar*, por las agencias en derecho correspondientes al reconocimiento que se le hace a la parte vencedora por los gastos de defensa judicial en que ha incurrido.

En el presente caso, advierte el Tribunal que no prosperarán la totalidad de las pretensiones de la demanda arbitral pero el porcentaje de ellas que saldrán avante es significativo. Ello, en aplicación de las disposiciones procesales en comento, implica que para el Tribunal la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI,** Parte Convocada, debe ser condenada en costas a favor de **APP GICA S.A.**, Parte Convocante, en una porcentaje del setenta y cinco por ciento (75%).

Ahora bien, de acuerdo con tales disposiciones las costas deben estar debidamente comprobadas en el expediente, específicamente en lo que atañe al rubro de expensas, esto es, los gastos en los que haya incurrido la parte con ocasión de la tramitación del proceso.

Siendo así, está probado en el proceso que **APP GICA S.A.** pagó los gastos y honorarios, en la proporción que le correspondía, por lo que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** deberá restituirle dichos valores en un setenta y cinco por ciento (75%).

De acuerdo con lo anterior, está acreditado que por tal concepto **APP GICA S.A.** pagó la suma de **MIL DOS MILLONES DE PESOS ($1.002.000.000,oo)**, que equivalen al cincuenta por ciento (50%) de los dineros que corresponden a los gastos y honorarios del Tribunal, fijados mediante Auto No. 7 del 7 de diciembre de 2022, como se ve a continuación:

Gastos y honorarios del Tribunal de Arbitraje fijados mediante Auto No. 7 del 7 de diciembre de 2022

Concepto	Valor
Honorarios Árbitro doctor Mauricio Fajardo Gómez	$500’000.000,oo
Honorarios Árbitro doctor Fernando Escallón Morales	$500’000.000,oo
Honorarios Árbitro doctora Ileana Melo Salcedo	$500’000.000,oo
Honorarios Secretario doctor Henry Sanabria Santos	$250’000.000,oo
Gastos de Administración Centro de Arbitraje y Conciliación	$250’000.000,oo
Otros gastos	$4’000.000,oo
Total	**$2.004’000.000,oo**

Pago del 50% a cargo de APP GICA S.A.	
Concepto	**Valor**
Honorarios Árbitro doctor Mauricio Fajardo Gómez	$250’000.000,oo
Honorarios Árbitro doctor Fernando Escallón Morales	$250’000.000,oo
Honorarios Árbitro doctora Ileana Melo Salcedo	$250’000.000,oo
Honorarios Secretario doctor Henry Sanabria Santos	$125’000.000,oo
Gastos de Administración Centro de Arbitraje y Conciliación	$125’000.000,oo
Otros gastos	$2’000.000,oo
Total	**$1’002.000.000,oo**

Como se dijo, el setenta y cinco por ciento (75%) de la anterior suma, deberá serle restituido a la Parte Convocante, lo cual asciende a la suma de **SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($751.500.000,oo).**

En lo que toca con las agencias en derecho, esto es, el reconocimiento por los gastos de representación judicial en los que hubiese podido incurrir la parte vencedora en el proceso, se procederá a fijar la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($250’000.000,oo)**, la cual se encuentra acorde con la duración del proceso, la complejidad del asunto, el número de audiencias celebradas y las actuaciones procesales surtidas, además de que dicho valor no necesariamente debe enmarcarse dentro de los límites establecidos en el Acuerdo No. PSAA16- 10554 agosto 5 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, puesto que aquel no trae previsión expresa alguna relacionada con las agencias en derecho en el proceso arbitral.

El setenta y cinco por ciento (75%) de las agencias en derecho fijadas en este laudo, que es la proporción en la que la Parte Convocada será condenada en costas, asciende a la suma de **CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($187.500.000,oo).**

Sumados estos dos conceptos, se tiene que el total de la condena en costas asciende a la suma de **NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS ($939'000.000,oo),** como se resume a continuación:

Concepto	Valor
Expensas	$751'500.000,oo
Agencias en derecho	$187'500.000,oo
Total condena en costas	**$939'000.000,oo**

En consecuencia, en la parte resolutiva se condenará a la Parte Convocada a pagarle a la Convocante, una vez cobre ejecutoria este Laudo Arbitral, la suma de **NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS ($939'000.000,oo)** por concepto de costas.

CAPÍTULO TERCERO

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias suscitadas entre **APP GICA S.A.**, como Parte Convocante y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, como Parte Convocada, derivadas del **Contrato de APP IP 002 del 12 de febrero de 2015**, celebrado para "*realizar los Estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental de la segunda calzada de la vía Ibagué — Cajamarca; y la operación y mantenimiento del sistema vial Variante Chicoral, Variante Gualanday, Gualanday -Ibagué, Gualanday — Espinal, Variante Picaleña, Ramal Norte y trazado existente Ibagué-Cajamarca, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato*", administrando justicia por habilitación de las Partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, con el voto mayoritario de sus miembros,

RESUELVE

PRIMERO.- **Declarar** no probadas la totalidad de las excepciones de mérito formuladas por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**-, en los términos y por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- Declarar que, "*el Contrato de Concesión 002 de 2015 suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- y APP GICA S.A. de fecha 15 de febrero de 2015, se celebró como culminación de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, presentada el 07 de marzo de 2012 ante la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- por la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA; al amparo de lo normado por la Ley 1508 de 2012 y sus posteriores Decretos Reglamentarios".* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **PRIMERA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

TERCERO. Declarar que, "*de conformidad con lo dispuesto por la mencionada Ley 1508 de 2012 y sus posteriores Decretos Reglamentarios la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA, luego de sucedida la Etapa de Prefactibilidad del Proceso de Iniciativa Privada, procedió a surtir la subsiguiente Etapa de Factibilidad; en prosecución de lo cual entregó a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- los estudios e información que desarrollaba los aspectos técnicos, financieros, económicos, ambientales y legales de la iniciativa en ciernes".* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **SEGUNDA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

CUARTO.- Declarar que, "*en tratándose de los aspectos financieros de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, se entregó el Modelo Financiero que, como su nombre lo indica, desarrollaba todos los aspectos relacionados con las variables económicas del contrato propuesto".* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **TERCERA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

QUINTO.- Declarar que *"el mencionado Modelo Financiero no solamente incorporaba los valores de los factores o conceptos representativos del Capex y del Opex de la iniciativa, sino también las fuentes de financiación con que contaría el Proyecto, provenientes de aportes al equity y de los recursos de crédito otorgados por terceros".* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **CUARTA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

SEXTO.- Declarar que, *"el Modelo Financiero de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, también contemplaba el monto del VPIP, esto es, la retribución o compensación que el Proponente recibiría como contraprestación por la ejecución de las actividades y obras conformantes del objeto de la Iniciativa propuesta".* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **QUINTA** de la

Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

SÉPTIMO.- Declarar que, ***"****el VPIP demandado por el Proponente y finalmente convenido entre la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- y la, a ese entonces, Promesa de Sociedad Futura APP GICA, sería cubierto mediante la cesión del derecho al recaudo de las tarifas de peaje que se recolectarían en las Estaciones de Peaje de Cocora, Chicoral y Gualanday y posteriormente resultarían fijadas por el Ministerio de Transporte mediante la Resolución 0000175 de 2015, la cual formó parte integral del Contrato 002 de 2015 y representa la fuente esencial e integral de la contraprestación reconocida en favor de APP GICA S.A.*" En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **SEXTA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

OCTAVO.- Declarar que, *"mediante la Parte Especial y los Otrosíes 1 y 3 al Contrato de Concesión 002 de 2015, la Entidad Concedente y la Concesionaria convinieron la construcción, dotación y puesta en operación de una Caseta de Control de Peaje Cocora que se ubicaría entre el Pr73+375 de la Vía Ibagué–Cajamarca (Ruta 4003) y representaría un punto de recaudo de las tarifas de peaje vigentes de manos de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA- que transitasen en el sentido Ibagué–Cajamarca mediante el uso de la vía entre el Combeima y Cocora, perteneciente a la Unidad Funcional 1 de la segunda calzada Ibagué–Cajamarca y aquellos que se desplazasen en el sentido Cajamarca–Ibagué, mediante el uso de la vía nacional existente Ibagué–Cajamarca (Ruta 4003)."* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **SÉPTIMA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

NOVENO.- Declarar que, *"los recaudos por concepto de tarifas de peaje que se recibiesen de manos de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA- que transitasen en el sentido Ibagué–Cajamarca mediante el uso de la vía entre el Combeima y Cocora, perteneciente a la Unidad Funcional 1 de la segunda calzada Ibagué – Cajamarca pertenecerían a APP GICA S.A. como parte que serían del VPIP convenido."* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **OCTAVA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

DÉCIMO.- Declarar que, ***"****los recaudos por concepto de tarifas de peaje que se recibiesen de manos de los usuarios del Sistema Vial Concesionado –GICA– que transitasen en el sentido Cajamarca – Ibagué mediante el uso de la vía nacional existente Ibagué – Cajamarca (Ruta 4003) pertenecerían a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y no harían parte del VPIP."* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **NOVENA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

DÉCIMO PRIMERO.- Declarar que, *"la Estructura Financiera de la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, que no requiere desembolso de recursos públicos, que se refleja en el Modelo Financiero presentado por la Promesa de Sociedad Futura APP GICA, no contemplaba la creación o adopción de tarifas diferenciales o de exenciones en favor de ningún grupo de potenciales usuarios del Sistema Vial GICA, objeto del Contrato 002 de 2015."* En consecuencia, **PROSPERA PARCIALMENTE** la pretensión **DÉCIMA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

DÉCIMO SEGUNDO. Declarar que, *"la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– no permitió construir y poner en funcionamiento la Caseta de Control de Peaje Cocora y, por ende, impidió cobrar las Tarifas de Peaje reguladas por la Resolución 0000175 de 2015 a los grupos de usuarios a los que se refieren las pretensiones OCTAVA y NOVENA."* En consecuencia, **PROSPERA PARCIALMENTE** la pretensión **DÉCIMA PRIMERA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

DÉCIMO TERCERO. Declarar que, *"como consecuencia de la no instalación de la Caseta de Control a que se refiere la pretensión SÉPTIMA, se ha generado una elusión en el pago de las tarifas correspondientes en la Estación de Peaje Cocora que en el caso de que esta existiera y operara sería evitada."* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **DÉCIMA SEGUNDA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

DÉCIMO CUARTO.- Declarar que, *"la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI- se comprometió, para con los representantes del Paro Nacional ocurrido durante el año 2021, a estudiar y establecer tarifas diferenciales y exenciones favorecedoras de los grupos de potenciales usuarios del Sistema Vial GICA que en los Acuerdos firmados con ellos se identificaron."* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **DÉCIMA TERCERA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

DÉCIMO QUINTO.- Declarar que, la actuación *"a que dice relación la pretensión DÉCIMA PRIMERA encarna una afectación de la Estructura Tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje 0000175 de 2015"* y, de consiguiente, del Modelo Financiero. En consecuencia, **PROSPERA PARCIALMENTE** la pretensión **DÉCIMA CUARTA** de la Demanda Arbitral ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

DÉCIMO SEXTO. - Negar la pretensión **DÉCIMA QUINTA** de la Demanda Arbitral ***por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.***

DÉCIMO SÉPTIMO. - Declarar que, "*al tenor de lo dispuesto por el numeral 3.4(i)-(i) ante la ocurrencia de cualquiera de las hipótesis por el mismo reguladas; vale decir: (i) modificar dichas tarifas, ii)* ***crear exenciones o tarifas especiales para ciertos usuarios, o iii) de cualquier otra forma afectar la estructura tarifaria que se desprende de la Resolución de Peaje (…)****, se acordó que: // Para cada trimestre de ejecución del Contrato se deberá calcular, entre el Interventor, el Supervisor y el Concesionario, la diferencia entre el Recaudo de Peaje que se hubiese producido de haberse aplicado la estructura tarifaria (debidamente indexada) prevista en la Resolución de Peaje y el Recaudo de Peaje* ***correspondiente a las modificaciones adoptadas por el Ministerio de Transporte****, de lo cual se dejará constancia en el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo suscrita dentro de los cinco (5) Días siguientes a la terminación de dicho trimestre. (…)".* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **DÉCIMA SEXTA** de la Demanda Arbitral, ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

DÉCIMO OCTAVO. - Declarar que, **PROSPERA** la pretensión **DÉCIMA SÉPTIMA** de la Demanda Arbitral, ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

DÉCIMO NOVENO.- Declarar que, *"el primer (1) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 resulta de imposible aplicación"*, toda vez que, "*en la Subcuenta de Excedentes ANI no existe en la actualidad recurso alguno."* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **DÉCIMA OCTAVA** de la Demanda Arbitral, ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

VIGÉSIMO.- Declarar que, *"el segundo (2) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 no ha sido adoptado de manera clara, expresa y definitiva por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–."* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **DÉCIMA NOVENA** de la Demanda Arbitral, ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

VIGÉSIMO PRIMERO.- Declarar que, *"el tercer (3) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 no fue actuado con anterioridad a la radicación de la (…) demanda por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–."* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **VIGÉSIMA** de la Demanda Arbitral, ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Declarar que, *"el cuarto (4) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 resulta insuficiente para compensar el valor del*

desbalance entre los ingresos por peaje que se habrían obtenido comparados con aquellos que la Concesionaria está embolsando y embolsará en el futuro." En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **VIGÉSIMA PRIMERA** de la Demanda Arbitral, ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

VIGÉSIMO TERCERO.- Declarar que, *"como consecuencia del despacho favorable de las pretensiones Décima Octava, Décima Novena, Vigésima y Vigésima Primera anteriores se ha de proceder a la aplicación del mecanismo identificado bajo el número (5) que a su letra dice: // (5)- De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral."* En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **VIGÉSIMA SEGUNDA** de la Demanda Arbitral, ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

VIGÉSIMO CUARTO.- Declarar que, procede *"la Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015, como consecuencia de la procedencia del mecanismo (5) de compensación",* en los estrictos y precisos términos contenidos en el numeral 3.4. (i)-(ii) (5) del Contrato de Concesión; y, exhortar a las Partes para que, en un plazo prudencial no mayor a cuatro (4) meses, contados a partir de la ejecutoria del presente Laudo Arbitral, acuerden los mecanismos contractuales adicionales tendientes a evitar la terminación anticipada de que trata dicho numeral y, en su lugar, garantizar la continuidad en la prestación del servicio público. Al vencimiento de dicho plazo, si no se logra ningún acuerdo, se producirá la terminación del Contrato de Concesión. En consecuencia, **PROSPERA** la pretensión **VIGÉSIMA TERCERA, *con el preciso entendimiento y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.***

VIGÉSIMO QUINTO.- Declarar que, como como consecuencia de lo anterior, procede la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato. En Consecuencia, **PROSPERA PARCIALMENTE** la pretensión **VIGÉSIMA CUARTA, *en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

VIGÉSIMO SEXTO.- Declarar que, sobre las pretensiones **DÉCIMA, DÉCIMA PRIMERA, DÉCIMA CUARTA** y **VIGÉSIMA CUARTA** declarativas (las cuales prosperaron parcialmente), **lo no declarado se entiende NEGADO**, ***en los precisos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.***

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Declarar que, **PROSPERA** la pretensión **PRIMERA** de condena y, en consecuencia, ordenar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–**, pagar a favor de **APP GICA S.A.,** el valor resultante de aplicar, en el momento a que haya lugar, la fórmula de liquidación según lo dispone la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015, ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

VIGÉSIMO OCTAVO.- Declarar que, **PROSPERA PARCIALMENTE** la pretensión **SEGUNDA** de condena y, en consecuencia, ordenar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–** y a **APP GICA S.A.** iniciar y culminar el proceso de reversión de la infraestructura concesionada bajo el Contrato 002 de 2015, observando para tal efecto los estrictos términos y condiciones previstos en el Capítulo IX, Sección 9.7 de la Parte General del mismo y ***en los términos, con el preciso entendimiento y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.***

VIGÉSIMO NOVENO.- Declarar que, **PROSPERA PARCIALMENTE** la pretensión **TERCERA** de condena y ordenar, como consecuencia de lo anterior, que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–** y **APP GICA S.A.** deberán iniciar y culminar el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 002 de 2015, observando estrictamente para tal efecto los términos y condiciones previstos en el *Capítulo XVIII de la Parte General del* Contrato de Concesión No. 002 el cual regula su liquidación y determina que este *"se liquidará en un término máximo de ciento ochenta (180) Días contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Reversión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012)."* (18.1).

TRIGÉSIMO.- Declarar que, sobre las pretensiones **SEGUNDA** y **TERCERA** de condena, las cuales **prosperaron parcialmente**, **lo no declarado se entiende NEGADO**, ***en los precisos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.***

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Condenar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–** a pagar a la sociedad **APP GICA S.A.**, la suma de **NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS ($939'000.000,oo)** por concepto de costas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. El pago deberá realizarse una vez se produzca la ejecutoria de este Laudo Arbitral.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Declarar causado el saldo (50%) de los honorarios de los Árbitros y del Secretario, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, incluido el de la contribución especial arbitral en los términos legales.

TRIGÉSIMO TERCERO- Ordenar la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de la partida *"Otros Gastos*".

TRIGÉSIMO CUARTO.- Informar a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO – ANDJE acerca de la terminación de este trámite arbitral.

TRIGÉSIMO QUINTO.- Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, Arbitral con las constancias de ley con destino a cada una de las Partes, al Ministerio Público y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO – ANDJE.

TRIGÉSIMO SEXTO. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia se notificó en **audiencia.**

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente del Tribunal
Con salvamento de voto

ILEANA MELO SALCEDO
Árbitro

FERNANDO ESCALLÓN MORALES
Árbitro

HENRY SANABRIA SANTOS
Secretario

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

APP GICA S.A.

CONTRA

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–

SALVEDAD DE VOTO

Bogotá D.C. Octubre 24 de 2023.

SALVEDAD DE VOTO

Con el profundo respeto que me merecen los señores árbitros que constituyeron la mayoría en el Tribunal de Arbitramento que tuve el honor y la satisfacción de integrar con ellos, en la medida en que no logramos coincidir acerca de aspectos centrales relativos a las conclusiones de fondo que se encuentran plasmadas en el Laudo con el cual se pone fin al litigio que con tantas gentileza y amabilidad nos confiaron las Partes, procedo a consignar las razones fundamentales que me llevaron a adoptar una posición individual, sin que esta determinación haya restado altura, en lo más mínimo siquiera, a la calidad, a la profundidad y a la cordialidad de los análisis, de los exámenes, de las discusiones y del intenso trabajo que demandó la estructuración y la adopción de la decisión final de la cual aquí explico por qué me aparto.

Tres (3) son básicamente, en gran síntesis, los aspectos que me llevaron a disentir respetuosamente de la decisión mayoritaria, los cuales considero suficientes, incluso de manera separada, para apartarme de la decisión final; esos aspectos los enuncio de manera puntual enseguida y luego abordaré su desarrollo.

- En primer lugar, considero que por las razones que adelante se exponen, en este caso ha debido declararse la nulidad de las modificaciones que al objeto del Contrato le introdujeron las Partes a través de los denominados otrosíes 1 y 4, mediante los cuales se eliminaron totalmente de dicho Contrato aquellas obligaciones que, por cuenta y riesgo del Concesionario, debían ejecutarse en relación con el diseño, la construcción, la puesta en servicio, la operación y el mantenimiento de los túneles 1, 2 y 3 que el mencionado *"Apéndice Técnico 1"* definió como ***"Obras especiales obligatorias dentro de la Unidad Funcional* [1]".**

- En segundo lugar, estimo que al proceso no se arrimaron las pruebas necesarias para que pudiera prosperar la PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA PRIMERA de cuya prosperidad dependían, dada su condición de consecuenciales de aquella, tanto las siguientes PRETENSIONES DECLARATIVAS, es decir la VIGÉSIMA PRIMERA, la VIGÉSIMA SEGUNDA, la VIGÉSIMA TERCERA y la VIGÉSIMA CUARTA, como las correspondientes e igualmente consecuenciales PRETENSIONES DE CONDENA.

- Y en tercer lugar, considero que el Tribunal no contaba con competencia para diferir en el tiempo la producción de los efectos de sus más importantes decisiones.

1.- SOBRE LA NULIDAD DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL OBJETO DEL CONTRATO A TRAVÉS DE LOS OTROSÍES 1 Y 4

La fundamentación de mi voto individual en este punto la realizo a partir del proyecto[1] que en relación con esa temática presenté a consideración de los señores árbitros que conformaron la mayoría del Tribunal, quienes únicamente acogieron e incorporaron al laudo una parte de las consideraciones respectivas, pero no las conclusiones finales para cuyo cabal entendimiento estimo conveniente exponer la totalidad del razonamiento en las cuales estas se apoyan.

1.1.- LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CONTRATO No. 002 DE 2015

Merecen especial atención las modificaciones que las Partes le introdujeron al Contrato No. 002 de 2015, con posterioridad a su celebración, razón por la cual se impone la necesidad de examinar su alcance y determinar los efectos jurídicos que pudieren derivarse de tales acuerdos modificatorios.

Como se señala en el Laudo, a la celebración del que terminó siendo el referido Contrato No. 002 de 2015 hubo lugar por iniciativa de origen privado que fue sometida a consideración de la **Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–** en marzo 7 de 2012, según comunicación No. 2012-409-006597-2, Entidad Estatal que manifestó su interés acerca de tal iniciativa y solicitó información adicional (oficio No. 2012-409-007092-1 de junio 6 de 2012), a partir de cuyo recibo en julio 30 de 2012 (oficio No. 2012-409-021476-2) emprendió su análisis detallado y la sometió a los trámites y las evaluaciones que para esta clase de contratación establecen de manera particular la Ley 1508 y sus normas reglamentarias.

En ese sentido, importa destacar que la evaluación minuciosa de la aludida iniciativa de origen privado y sus correspondientes soportes y desarrollos, dio lugar a muy variados y significativos pronunciamientos por parte de diversas autoridades que se ocuparon de realizar su examen de manera pormenorizada, tal como lo reflejan, entre otras, las siguientes actuaciones:

i).- La propia **ANI** expidió la Resolución No. 880 de diciembre 19 de 2012, a través de la cual conceptuó favorablemente en relación con la aludida Asociación Público Privada de Iniciativa Privada –APP IP–, y fijó el término dentro del cual el originador particular presentó los diferentes elementos técnicos, jurídicos y financieros de la propuesta (oficio con radicación No. 2013-409-010767-2 de marzo 19 de 2013).

ii).- Oficio con radicación No. 2014-409-0551902 de noviembre de 2014, mediante el cual el **Ministerio de Transporte** hizo referencia concreta al concepto de análisis de riesgos del proyecto;

iii).- El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público,** según oficio con radicación No. 2014-409-055415-2, en noviembre 10 de 2014 impartió su aprobación a la valoración de las respectivas obligaciones contingentes;

[1] Ese proyecto, al igual que el presente salvamento de voto, toma en parte varias de las consideraciones y de los argumentos consignados en el concepto jurídico que me correspondió elaborar para la Empresa METRO DE BOGOTÁ S.A., y cuya entrega realicé el pasado 28 de febrero de 2023.

iv).- Por su parte, el **Departamento Nacional de Planeación –DNP–** se pronunció de manera favorable acerca de la justificación existente en este caso para acudir a la modalidad de Asociación Pública Privada de Iniciativa Privada –APP IP–;

v).- El **Consejo de Ministros,** por presentación que le efectuó el **Ministerio de Transporte,** también emitió su concepto favorable a la ejecución del proyecto originado en la referida iniciativa privada;

vi).- El **Comité de Contratación** de la misma **ANI,** según lo recoge el Acta No. 78 de su sesión en noviembre 10 de 2014, manifestó su recomendación en el sentido de aprobar la Etapa de Factibilidad de la propuesta en examen;

vii).- De la misma manera, la **Oficina Asesora de Planeación** del ente rector del sector de la infraestructura, **Ministerio de Transporte,** tal como obra en la comunicación con radicación No. 2014-409-055567-2 de 11 de noviembre de 2014, complementó el concepto emitido en el oficio 20141210398341 dentro del cual indicó que la matriz de riesgos correspondiente al proyecto en estudio cumplía con las directrices y lineamientos que en esa materia obran en los documentos CONPES 3107 de 2001, 3133 de 2001 y 3714 de 2011.

viii).- En noviembre 13 de 2014, el **Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES–,** también impartió su concepto favorable acerca de la propuesta correspondiente, con el fin de que el contrato pudiera tener un plazo superior al previsto en el artículo 6[2] de la citada Ley 1508.

ix).- La **Vicepresidencia de Estructuración** de la **ANI** comunicó al originador de la iniciativa (oficio con radicación No. 2014-702-022223-1) que *"… agotadas las etapas de Prefactibilidad y Factibilidad establecidas en la Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios, y* ***efectuada la evaluación de los aspectos Técnicos, Financieros y Jurídicos del proyecto*** *por parte del* ***Consultor Evaluador contratado por la ANI,*** *los cuales fueron verificados por la* ***Vicepresidencia de Estructuración*** *y la* ***Vicepresidencia Jurídica de la Entidad,*** *se considera que la iniciativa presentada cumplió a cabalidad con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012 … Por lo anteriormente expuesto … la Agencia Nacional de Infraestructura considera que la propuesta en Etapa de Factibilidad del Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada … es VIABLE y acorde con los intereses y políticas públicas (...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 …",* (se deja resaltado) ante lo cual el originador privado expresó su aceptación a los términos y condiciones de la aprobación de la factibilidad del proyecto (oficio con radicación No. 2014-409-056596-2).

---

[2] ***"ARTÍCULO 6o. PLAZO DE LOS CONTRATOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA.*** *Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas.*

"6.1 Cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto en el inciso anterior, podrán celebrarse contratos de asociación público privadas siempre que cuente con el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES".

x).- La **ANI,** en cumplimiento de los mandatos consagrados en el artículo 19[3] de la Ley 1508, hizo la publicación, a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–, tanto del acuerdo concluido entre esa Entidad Estatal acerca del proyecto correspondiente y el originador de la iniciativa, como de *"… los estudios y la minuta del contrato y sus anexos …".*

xi).- La misma **ANI,** ahora Convocada, en enero 15 de 2015 expidió la Resolución No. 151 mediante la cual adjudicó el Contrato de Concesión bajo la modalidad de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada –APP IP–.

xii).- El día 12 de febrero de 2015, entre la hoy Convocada **ANI** y la sociedad Convocante **APP GICA S.A.,** se celebró el Contrato No. 002 de 2015.

Como queda visto, fue largo, complejo y dispendioso el procedimiento que se surtió para lograr la formación de la voluntad contractual de la Entidad Estatal Contratante que, a su vez, permitió la concreción del consentimiento de las Partes, el cual finalmente derivó en la celebración y el consiguiente perfeccionamiento del Contrato de la referencia, cuyas características y especificidades de orden técnico, financiero y jurídico fueron materia de las más detalladas revisiones, exámenes y análisis por parte de múltiples instancias y autoridades administrativas, con lo cual se dio aplicación a los Principios de Constitucionales de que trata el artículo 209[4] de la Carta Política, ente los cuales están los de moralidad, eficacia y economía, así como el de planeación, amén de que tales especificidades y características del proyecto que igualmente corresponden al Contrato celebrado, fueron dadas a conocer públicamente con el propósito de garantizar, frente a cualquier interesado que opere en el mercado, la efectividad de los igualmente constitucionales principios de igualdad, imparcialidad, libre iniciativa privada y los de transparencia, responsabilidad, libre concurrencia y selección objetiva.

Pues bien, a través de seis (6) documentos contractuales identificados por su número de orden consecutivo como otrosí 1, otrosí 2, otrosí 3, otrosí 4, otrosí 5 y otrosí 6, las Partes convinieron e incorporaron algunas modificaciones a los

---

[3] ***"ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS.*** *Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública "SECOP".*
"En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.
"Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas".

[4] ***"ARTICULO 209.*** *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".*

términos del Contrato inicial, según la síntesis de los aspectos más destacados que acerca de tales acuerdos se registra a continuación:

1.1.1.- OTROSÍ No. 1, DE OCTUBRE 6 DE 2016

- Se acordó sustituir la ejecución de los túneles identificados con los números 1 y 2 de la Unión Funcional 1 –UF1– (Combeima – Valle del Cocora), por otras obras en los subsectores 2 y 3 de dicha UF1.

  Se precisó que los estudios y diseños de dichas obras, así como su ejecución, correrían por cuenta y riesgo del Concesionario.

  También se convino que las obras de la calzada derecha de los subsectores 2 y 3 harán parte ahora de la Unión Funcional 2 –UF2–.

- En lugar de Túneles se planteó la construcción de un sistema de doble calzada.

Previo a la suscripción del otrosí No. 1, la Interventoría expresó que la solución planteada en los subsectores 2 y 3 no modificó las *"condiciones iniciales del Contrato de Concesión en su VPIP y TIR, garantizándose el equilibrio económico".*

La **Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–** modificó la licencia ambiental respecto de la nueva solución de los subsectores 2 y 3 de la UF1.

1.1.2.- OTROSÍ No. 2, DE ENERO 2 DE 2019

Se modificaron algunas cláusulas del Apéndice Financiero 2 del Contrato; específicamente las relacionadas con la cesión de la Concesionaria, a sus financiadores, del 100% de la retribución y de la compensación especial.

1.1.3.- OTROSÍ No. 3, DE AGOSTO 23 DE 2019

- Se acordó modificar el plazo de construcción de los Subsectores 2 y 3 de la UF1, a los que se refiere el otrosí No. 1, específicamente en lo que toca con la calzada derecha.

1.1.4.- OTROSÍ No. 4, DE AGOSTO 3 DE 2020

- Se acordó sustituir la **obra obligatoria** "túnel 3" por una vía a cielo abierto que permitiría poner en funcionamiento los subsectores 2 y 3 de la UF2.

Previo a la suscripción del otrosí No. 4, la Interventoría expresó que la solución planteada para la calzada derecha no modificó las *"condiciones iniciales del Contrato de Concesión en su VPIP y TIR, garantizándose el equilibrio económico".*

1.1.5.- OTROSÍ No. 5, DE ABRIL 5 DE 2021

- Se modificó la fecha de entrega de la Unidad Funcional 3 –UF3–, por parte de la **Concesionaria San Rafael** a **APP GICA S.A.**

No se agregaron ni se sustituyeron obras.

1.1.6.- OTROSÍ No. 6, DE JULIO 24 DE 2021

- Se adicionaron y/o se modificaron algunas de las definiciones del Capítulo I de la Parte General del Contrato, en particular en cuanto corresponde a los conceptos de *"Deducciones", "Predio o Predio Requerido", "Predios Faltantes", "Adjudicación de Predios", "Autoridad Estatal", "Cesión de Predios", "Índice de Cumplimiento Predial", "Oferta Formal de Compra de Predios", "Periodo de Exclusión 1", "Período de Exclusión 2", "Período de Exclusión 3", "Predio Adquirido", "Retención".*

- Se introdujeron modificaciones en cuanto al procedimiento de verificación de las unidades funcionales.

- Se adoptaron estipulaciones relacionadas con las obligaciones contractuales referidas a la gestión predial.

- Se modificó la Sección 4.3 (a) de la Parte Especial del Contrato con la inclusión de una variable en la fórmula del cálculo de la retribución.

No se agregaron ni se sustituyeron obras.

1.2.- LA MODIFICACIÓN O REFORMA DE LOS CONTRATOS

Como es natural y con frecuencia ocurre en múltiples oportunidades, tanto en el derecho privado como en el derecho público, después de celebrados los contratos suelen convenirse modificaciones, ajustes o reformas y por esa razón su ejecución final no necesariamente coincide o resulta exacta con aquellas previsiones inicialmente establecidas y acordadas por las partes.

Esa práctica, además de encontrar soporte en expresas regulaciones legales que la autorizan incluso en el campo de la contratación pública, ha sido explicada y justificada por la Jurisprudencia nacional, tal como lo expuso la Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-300-12, así:

> *"2.6.1* ***Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado,*** *a los cuales sirve el contrato*[5]*. Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a las entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para "(…) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación", entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001*[6]*,* ***la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación–***

[5] *Sobre la naturaleza instrumental del contrato para alcanzar los fines propios del estado social de derecho, ver la sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*

[6] *M.P. Clara Inés Vargas Hernández.*

> ***pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal[7].”[8].*** (Se han agregado las negrillas).

Por regla general la posibilidad de modificar, adicionar o alterar los contratos válidamente celebrados, depende de la voluntad de las Partes, a la cual el ordenamiento vigente les atribuye los efectos propios de una ley que las vincula, quienes son las llamadas en primer lugar para invalidar, adicionar o modificar sus acuerdos a través de su propio consentimiento, tal como lo consagra, con total claridad, el artículo 1602 del Código Civil, cuyo texto reza:

> ***“ARTICULO 1602.*** *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. (Se subraya).

En consonancia con lo anterior, el mismo Código Civil, a la altura de su artículo 1625, establece el consentimiento mutuo de los contratantes como la primera de las causales de extinción de las obligaciones, así:

> ***“ARTICULO 1625.*** *Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. (…)”.* (Se subraya).

En ese mismo sentido cobran destacado significado las normas legales que, como el artículo 1494 del Código Civil, determinan que las obligaciones nacen, entre otras causas, del concurso de la voluntad de dos o más personas; el artículo 1495 de ese mismo cuerpo normativo determina que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga –por su voluntad, debe entenderse– a dar, hacer o no hacer alguna cosa y la disposición que recoge el artículo 1501 del mismo Estatuto Civil, según la cual son de la esencia de un contrato –como el consentimiento o la voluntad de las partes– aquellas cosas sin las cuales no produce efecto alguno, de conformidad con los siguientes textos:

> ***“ARTÍCULO 1494.*** *Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.* (Se ha subrayado).
>
> ***“ARTÍCULO 1495.*** *Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.* (Se deja subrayado).
>
> ***“ARTÍCULO 1501.*** *Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no*

---

[7] *Ver también la sentencia C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, sobre la constitucional de la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión portuaria (artículo 8º de la ley 1ª de 1991).*

[8] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-300-2012, fechada en abril 25 de 2012.

> *produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".* (Se deja subrayado).

Esas disposiciones legales coinciden plenamente con la definición de contrato que adoptó el Código de Comercio a la altura de su artículo 864, según el cual:

> ***"ARTÍCULO 864.*** *El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.*
>
> *"Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851".* (Se ha subrayado).

Como puede apreciarse, las normas legales mencionadas evidencian, en primer lugar, que los contratos válidamente celebrados producen efectos vinculantes para sus partes y, por tanto, su celebración genera para aquellas la obligación de cumplirlos en debida y oportuna forma; en segundo lugar, las mismas partes pueden dejar sin efectos o sin valor sus propias estipulaciones –siempre, claro está, ***i)*** que se trate de derechos disponibles, ***ii)*** que cuenten con capacidad para ello y ***iii)*** que se cumplan los requisitos formales que las normas exijan según la materia– lo cual supone entonces que así como las partes del contrato pueden extinguir o dejar sin valor sus acuerdos, naturalmente también pueden modificarlos o alterarlos en la forma en que ellas lo convengan, de manera libre y voluntaria, en virtud de la autonomía de su voluntad, lo anterior por la sencilla razón de que si los contratos son el fruto de un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, será un acuerdo de voluntades entre esas mismas partes el que, por principio, está llamado a modificarlos, alterarlos, revocarlos o extinguirlos.

1.3.- LOS LÍMITES A LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

No obstante la amplitud general que caracteriza la aplicación de las normas legales antes referidas en el campo de los contratos de derecho privado celebrados entre particulares[9], ha de señalarse que ello no opera de la misma manera y/o con la misma flexibilidad en el terreno de los Contratos Estatales, entre otras razones de importancia, por las limitaciones que provienen y/o emanan tanto del interés general cuya satisfacción se encuentra –y necesariamente debe encontrarse– envuelta en el objeto mismo del respectivo contrato y su consiguiente ejecución, como en la

[9] Se hace la precisión acerca de "los contratos de derecho privado celebrados entre particulares", porque en el ordenamiento actualmente vigente también es posible identificar múltiples contratos estatales que, por disposición legal, se rigen por normas del derecho privado y, por tanto, no están sometidos a los dictados del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, amén de que será necesario que a su celebración haya concurrido una Entidad Estatal, casos estos en los cuales, por mandato de los artículos 4 de la Carta Política y 13 de la Ley 1150 expedida en 2007, de todas maneras les serán aplicables los Principios Constitucionales que rigen el ejercicio de la función administrativa consagrados en el artículo 209, como son los de Igualdad, Moralidad, Economía, Imparcialidad y Publicidad, entre otros.

necesidad de respetar y asegurar la efectividad de Principios Constitucionales como los de igualdad, moralidad, economía, libertad de concurrencia, libre competencia, selección objetiva, planeación, responsabilidad, imparcialidad, transparencia y publicidad, entre otros.

Así lo tiene sentado la jurisprudencia de las más altas Corporaciones de Administración de Justicia en el país, según lo reflejan los pronunciamientos jurisprudenciales que se citan a continuación, de cuyo contenido se desprende que los Contratos que celebren las Entidades Estatales pueden ser modificados o adicionados en cuanto tales modificaciones o adiciones no alteren el objeto del respectivo contrato.

Mediante la sentencia C-300-2012, la Corte Constitucional –después de examinar los pronunciamientos jurisprudenciales que al respecto ha proferido el Consejo de Estado–, como expresión de su propia postura, sostuvo:

> *"2.6.6 Por último, es preciso resaltar que* ***la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico,*** *puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato.*[10] *En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales.*[11]
>
> "……
>
> ***"Respecto del objeto, existe un amplio debate jurisprudencial,*** *como la Sala destacó al examinar su competencia para ocuparse de la demanda bajo estudio. (… …).*
>
> *"……*
>
> ***"La Sala estima que esta discusión debe ser resuelta a favor de la primera posición, esto es: la reforma del objeto del contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar en un nuevo contrato; permitir lo contrario conllevaría autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas.*** *Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización. (… …). Esto lleva a la Corte a recordar* [que] ***el objeto de un contrato debe analizarse en cada caso, a la luz de la normativa que rige cada tipo***

[10] *Varios doctrinantes resaltan este punto. Por ejemplo, Dávila Vinueza define la modificación del contrato estatal así: "Cuando se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa". Cfr. DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, 2001, p. 387.*

[11] "*Esta disposición señala: "ARTICULO 1501. <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".*

> ***de negocio y de las cláusulas pactadas y los demás documentos que hacen parte del contrato".***
>
> "……..
>
> *"Además,* ***la modificación del contrato está limitada por la imposibilidad de transformar sus elementos esenciales –como el objeto–*** *(…)"*[12]*.* (Se han agregado las negrillas).

Por su parte, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado a través del fallo fechado en junio 4 de 2015, radicación No. 25000-23-26-000-2000-02313-01, señaló:

> *"(…) un evento más complejo es la ejecución de mayores cantidades, necesarias para la ejecución de la obra, actividad o estudio, que siendo claro que requieren de un acuerdo previo entre las partes, podrán reconocerse –debidamente probadas– si se ejecutan, y por medio de la acción contractual,* ***con la condición de que la mayor ejecución no encubra un nuevo objeto no pactado".*** [13] (Se deja resaltado).

En la sentencia de septiembre 13 de 2018, radicación 05001-23-31-000-2002-03563-01, expediente No. 39.143, la Sección Tercera del Consejo de Estado reafirmó la imposibilidad de que las partes de un contrato estatal convengan modificaciones que alteren su objeto:

> *"Esto es así si se tiene en cuenta que si bien es posible modificar aspectos no esenciales del contrato, como ocurre con el plazo u obligaciones a cargo del contratista que sean necesarios para asegurar el objeto del contrato y con ello los fines estatales que se pretender satisfacer. Para el caso, las modificaciones en aspectos relativos al régimen de descuentos e inversión en publicidad. Lo cierto es que* ***ello no puede conducir a la modificación del objeto contractual, pues ello, se resalta, implica la celebración de un nuevo contrato.***
>
> *"Sobre el particular resulta ilustrativo lo expuesto por la Sala de Consulta de esta Corporación:*
>
> > *"Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que* ***cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato****, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras,* ***solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato"*** *(negrilla fuera del texto)".*

[12] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-300-2012, fechada en abril 25 de 2012.

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia fechada el 04 de junio de 2015. Radicación No. 25000-23-26-000-2000-02313-01. Magistrada Ponente, doctora Olga Mélida Valle de la Hoz.

> *"En este contexto, no queda duda de que el 15 de noviembre de 2000,* ***las partes cambiaron el objeto de los contratos cedidos, pues a partir de ese momento habría un cambio en el modelo de distribución,*** *pues hasta ese momento el esquema permanecía zonificado en función de la individualidad de cada uno de los ocho contratos iniciales, pese a que el contratista era uno solo Licoantioquia S.A. y se había revocado la resolución que estableció las fronteras para efectos de la distribución"*[14]*.* (Se han agregado las negrillas).

En nueva ocasión, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, mediante providencia fechada en marzo 17 de 2016, radicado No. 11001-03-06-000-2015-00128-00, reafirmó la improcedencia de que se modifique el objeto de un contrato estatal, así:

> *"Sin perjuicio del análisis de cada caso, según lo estipulado en el pliego de condiciones o surgido de la naturaleza del contrato,* ***lo que siempre resulta inalterable durante todo el "iter" del contrato, es la modificación del núcleo esencial del objeto,*** *pues en este caso existiría una novación de la obligación que conllevaría a la invalidez del contrato modificatorio, por contravenir las normas y principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad. No sucede lo mismo, respecto de los elementos accesorios, los cuales podrían ser objeto de modificación con el cumplimiento de los requisitos legales.*
>
> *"En este sentido, el núcleo esencial del objeto se entendería incluido en el concepto de la "naturaleza global del contrato" que constituye un obstáculo insalvable para modificar un contrato público, como se estipula en las nuevas directivas sobre contratación pública de la Unión Europea*[15]*.*
>
> *"La inalterabilidad de la naturaleza global del contrato como límite a la modificación del contrato, se entiende, entre otras, cuando se sustituyen las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes o se modifica de manera sustancial el tipo de contratación o el tipo de la concesión.*[16]
>
> *"……...*
>
> *"En el mismo sentido,* ***la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado los límites materiales para la modificación del pliego de condiciones, aplicable a la ejecución del contrato, en especial, el objeto,*** *los criterios de selección entendidos como los de habilitación y de ponderación.*
>
> *"Se trata de preservar los derechos de quienes concurren a un proceso precontractual y de respetar los principios que lo orientan y que no permiten desconocer las bases de lo inicialmente solicitado y contratado.*
>
> *"Al respecto, señaló:*

[14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia fechada en septiembre 7 de 2018; radicación No. 05001-23-31-000-2002-03563-01; expediente No. 39.143.

[15] *Cfr. Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE.*

[16] *Documento del Consejo de 11266/12 de 14 de junio de 2012.*

> *"En relación con este aspecto no puede perderse de vista que en cuanto el pliego de condiciones contiene y establece el procedimiento de selección, esto es el marco que regula todos y cada uno de sus elementos, no resultaría jurídicamente procedente la modificación de sus aspectos sustanciales, tales como, a manera de ejemplo su objeto o los criterios de selección o la ponderación precisa y detallada de aquellos, en la medida en que todos esos aspectos constituyen puntos cardinales, básicos, que fungen como factores característicos de determinado procedimiento en virtud de los cuales los interesados acuden libremente a participar en el mismo y a depositar sus expectativas en las resultas de la limpia competencia que envuelve, de tal modo que un cambio intempestivo e injustificado de aquellas circunstancias que en un inicio lo hicieron llamativo, sin duda puede convertirse en un obstáculo indebido que impide de forma caprichosa y arbitraria la libre participación de los interesados, variación que no puede ser prohijada ni por el legislador, ni por las instancias judiciales. (…) Lo expuesto cabe igualmente predicarlo de la previsión normativa contemplada en el artículo 89 del Estatuto Anticorrupción, dentro del cual, si bien se consagró con precisión un límite temporal para realizar las modificaciones a los pliegos de condiciones y/o términos de referencia, nada dijo en relación con los linderos de tipo de material o de contenido a los que en esta oportunidad se refiere la Sala. Por contera, las conclusiones aquí extraídas en cuanto a la inviabilidad de modificar de manera sustancial dichos documentos a la luz de los postulados de la Ley 80, sin duda están llamadas a incorporarse en los procedimientos de selección adelantados bajo la vigencia de la Ley 1474 de 2011"*[17] *(Subrayas de la Sala).*

"……..

"En síntesis, ***el Consejo de Estado ha señalado la prohibición para la Administración de modificar las condiciones sustanciales del contrato estatal*** *y de su pliego de condiciones,* ***incluido el objeto*** *y los criterios habilitantes y de ponderación aplicados en el proceso de selección.*

"……

"- No podría aceptarse un poder ilimitado o absoluto de modificación, aun frente a circunstancias excepcionales. Por ello la modificación no podrá afectar el núcleo esencial del objeto, o la naturaleza global del contrato[18].

"……...

---

[17] *Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de septiembre de 2013. Exp. 3571. En el mismo sentido. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 16305; Sentencia del 30 de abril de 2012. Exp. 21571.*

[18] *El concepto de naturaleza global del contrato, utilizado en las Directivas de 2014, y en la doctrina del TJUE no es por sí mismo indicador de su contenido, y aún de las diferencias, con las condiciones sustanciales o esenciales del contrato. Podría decirse, en una aproximación coloquial, que el concepto apunta a lo más esencial de lo sustancial, que en ningún caso puede ser modificado. De todas maneras no resulta fácil la distinción de estos conceptos.*

*"Si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios pactados por otros diferentes, o se modifica el tipo de contratación[19], **o el núcleo esencial del objeto,** se presentaría una novación del negocio jurídico, y su necesaria terminación por imposibilidad jurídica de cumplir su objeto.[20]*

*"En el mismo sentido, **el Consejo de Estado ha señalado la inmodificabilidad de las cláusulas relativas a la clase y objeto del contrato,** las cuales deben ser mantenidas durante toda su ejecución, so pena de desconocer los principios constitucionales de moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia[21]:*

> *"En consecuencia, concluye la Sala que en el marco de la contratación estatal no resulta posible para las partes de un contrato modificar su objeto o su clase porque ello vulneraría los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia, igualdad, planeación y selección objetiva, además de que desconocería las condiciones previstas en el pliego de condiciones y constituiría una transgresión a los derechos y obligaciones de los contratantes, porque no es sólo el interés del Estado lo que protege el pliego, sino también los derechos y garantías de los interesados y oferentes, quienes realizan estudios y gastos en la confección de sus propuestas, por lo cual resultarían defraudados y perjudicados si luego la entidad estatal unilateralmente o con la anuencia del contratista pudiera dejar de lado sus disposiciones, condiciones y/o exigencias".*

***"No hay norma alguna que habilite a la Administración Pública para modificar el objeto y clase del contrato,** si se tienen en cuenta los precisos límites de la potestad de modificación unilateral[22], y con mayor razón cuando se trate de una modificación de común acuerdo. Una actuación en ese sentido comportaría la violación de los derechos de los interesados que hubieran podido presentar una oferta distinta:[23]*

"……..

*"Con criterio similar **la Corte Constitucional ha considerado que no es posible la modificación del objeto,** en tanto constituye un elemento de su esencia, y se requeriría un nuevo contrato, lo cual no impide que pueda ser complementado mediante la adición de actividades necesarias para su adecuada realización.[24]".*

---

[19] *Directiva 2014/24/UE considerando 109 y Directiva 2014/23/UE considerando 76.*

[20] *La modificación de un contrato de adquisición de bienes por otro de arrendamiento; la contratación de una remodelación de obra por una nueva construcción; la construcción de un hospital en un sitio determinado, por la construcción de un centro educativo.*

[21] *Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección A. Exp. 27926*

[22] *Ley 80 de 1993. Art. 16. La modificación se efectuará "… mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios".*

[23] *Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección A. Exp. 27926: "…se provocaría un desequilibrio hacia los oferentes que no resultaron favorecidos con la adjudicación, precisamente porque si hubieran existido condiciones diferentes se habrían presentado propuestas igualmente diferentes a las que finalmente se evaluaron y no se escogieron por la entidad pública contratante".*

[24] *Corte Constitucional. Sentencia del 25 de abril de 2012. C-300/2012.*

> *"- Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas.[25]" [26].* (Se han agregado las negrillas).

La misma Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, en su pronunciamiento de diciembre 12 de 2017, radicación No. 11001-03-06-000-2016-00260-00 (2324), reiteró la imposibilidad de que se modifique el objeto de los contratos estatales, así:

> ***"i) Imposibilidad de modificar el objeto contractual por medio de adiciones a los contratos.***
>
> *"La Ley 80 de 1993 no contiene una regulación amplia respecto a las adiciones de los contratos, únicamente hace referencia al límite cuantitativo de la adición indicando que "Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales"[27]. De este límite se encuentran exceptuados los contratos de interventoría cuyo valor puede ajustarse "en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993"[28]. **Estas adiciones a los contratos sin embargo, no pueden conducir a la modificación del objeto contractual.***
>
> *"Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 2263 del 17 de marzo de 2016, hizo un amplio análisis sobre las limitaciones legales que han sido expuestas por la doctrina para modificar un contrato estatal, **reiterando que es posible modificar los elementos accidentales de un contrato pero no su objeto"[29].*** (Se deja resaltado).

A La línea jurisprudencial que se deja expuesta se impone la necesidad de añadir, con la trascendencia e importancia que en el ordenamiento jurídico le corresponde, el reciente pronunciamiento de unificación jurisprudencial que en clara y directa referencia a los Contratos de Concesión de Obra Pública –los cuales por mandato

---

[25] *La existencia de circunstancias imprevistas, o de riesgo imprevisible, externas a las partes, puestas de manifiesto con posterioridad o sobrevinientes al proceso precontractual, aun aplicando toda la diligencia requerida, y la buena práctica profesional en el proceso de planeación del contrato y de los estudios previos.*

[26] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto fechado en marzo 17 de 2016; radicación No. 11001-03-06-000-2015-00128-00 (2263). Consejero Ponente, doctor Édgar González López.

[27] Ley 80 de 1993, artículo 40, parágrafo: *"En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato. // Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".*

[28] Ley 1474 de 2011, artículo 85. ***"CONTINUIDAD DE LA INTERVENTORÍA.*** *Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993…".*

[29] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia fechada en diciembre 12 de 2017; radicación No. 11001-03-06-000-2016-00260-00 (2324). Magistrado Ponente, doctor Óscar Darío Amaya Navas.

del artículo 2[30] de la Ley 1508 se encuentran sometidos al mismo régimen legal de las Asociaciones Público Privadas –APP–, lo cual determina la asimilación y/o cercanía que existe entre esas modalidades o tipos de contratación estatal–, aquello que puntualizó la Sala Plena de la Honorable Corte Constitucional en su Sentencia SU-214-22 de junio 16 de 2022, a través de la cual y después de hacer una revisión detallada de los pronunciamientos jurisprudenciales sentados por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado a través de su Sección Tercera y de su Sección Quinta; de los desarrollos doctrinales elaborados por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa alta Corporación; y de las regulaciones legislativas que a lo largo de los últimos años se han ocupado de regular la materia relacionada con la adición de los Contratos de Concesión de Infraestructura, se detuvo a examinar la viabilidad de modificar el objeto de los Contratos de Concesión de Obras y al respecto puntualizó, de manera categórica y reiterativa:

> ***"201.*** *(…) como se explicó anteriormente la Ley 1150 de 2007, mediante su artículo 28, admitió que los contratos de concesión de obra pública fueran adicionados hasta por el 60% del plazo estimado, siempre que se trata*[ra] *de obras adicionales directamente relacionad[a]s con el objeto concesionado. Esa posibilidad de adicionar los objetos de los contratos de concesión de obra pública fue validada por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-300 de 2012. Sin embargo, se itera que el artículo 28 de la Ley 1150 fue derogado por artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, por lo que* ***a la fecha carecen de fundamento legal (i) la celebración de contratos adicionales para agregar obras complementarias al objeto de los contratos de concesión de obra pública*** *(…).*
>
> ***"202.*** *Lo expuesto hasta el momento, evidencia que el artículo 45 del Decreto Ley 150 de 1976 y artículo 56 del Decreto Ley 222 de 1983 usaron indistintamente los términos "contrato adicional" y "adición" para regular los casos en los que las entidades públicas y los contratistas acordaban modificar el plazo o el valor pactado en el contrato. Durante la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 la doctrina señaló que* ***(i)*** *las modificaciones de plazo y valor del contrato eran "simples reformas que no implica[ban] un cambio radical en el contrato"; y que* ***(ii)*** *los cambios en el objeto del contrato exigían la "celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial".*[31] *Posteriormente, la Ley 80 de 1993 abandonó el concepto de "contrato adicional" y, en el parágrafo del artículo 40, se refirió a la "adición de los contratos". Sin embargo, no definió, de manera expresa, lo que es una adición al contrato, ni la diferenció de los contratos adicionales*[32]*. Por último, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 admitió que los contratos de concesión de obra pública fueran adicionados hasta por el 60% del plazo estimado, siempre que se tratara de obras adicionales directamente relacionados con el objeto concesionado, postura que fue respaldada por la Sentencia C-300 de 2012. No obstante, se insiste que el artículo 28 de*

[30] ***"ARTÍCULO 2o. CONCESIONES.*** *Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.*
"Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración".

[31] *Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 15 de marzo de 1990, Rad. 350.*

[32] *Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998, Rad. 1.121.*

> *la Ley 1150 fue derogado por artículo 39 de la Ley 1508 de 2012,* ***por lo que a la fecha las adiciones al objeto de los contratos de concesión de obra pública carecen de fundamento legal"***[33]***.*** (Se han agregado las negrillas)

Ninguna duda cabe entonces acerca de la postura clara, categórica y reiterada que sentó la Sala Plena de la Honorable Corte Constitucional, a través de la mencionada Sentencia de Unificación SU-214-2022, en el sentido de precisar que ***"las adiciones al objeto de los contratos de concesión de obra pública carecen de fundamento legal",*** proscripción que comprende directamente, en palabras de esa alta Corporación, ***"… la celebración de contratos adicionales para agregar obras complementarias al objeto de los contratos de concesión de obra pública (…)".***

1.4.- LOS PRINCIPALES LÍMITES A LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Tal como queda señalado, la viabilidad de modificar los Contratos Estatales encuentra varias limitaciones en el ordenamiento jurídico vigente, lo cual impone la necesidad de observar o de cumplir diversos requisitos en forma previa, muchos de los cuales se encuentran consignados de manera expresa en el ordenamiento positivo vigente y otros han sido identificados por la jurisprudencia nacional.

De esta manera y sin perjuicio de las exigencias o de los requisitos que resulten exigibles normativamente para ciertos casos específicos, en buena medida dependiendo del tipo de contrato de que se trate, en términos generales pueden señalarse las siguientes exigencias de índole general para que resulte jurídicamente viable la modificación de los contratos estatales:

1.4.1.- Las modificaciones que a los contratos estatales convengan las partes en virtud de la autonomía de su voluntad, deberán ceñirse a los siguientes requisitos:

i).- Que las modificaciones que se acuerden *"… no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley* [la Ley 80] *y a los* [principios] *de la buena administración"* (inciso tercero (3º)[34] del artículo 40 de la Ley 80).

ii).- Que las modificaciones que se convengan no representen una adición del respectivo contrato estatal *"… en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".* (Artículo 40, parágrafo inciso segundo[35] (2º), Ley 80).

---

[33] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de Unificación en Acción de Tutela SU-214/22, fechada en junio 16 de 2022. Magistrado Ponente, doctor Jorge Enrique Ibáñez Najar.

[34] *"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración".*

En punto específico de los contratos de Asociación Público Privada –APP– de iniciativa pública, las adiciones de recursos provenientes de los presupuestos de las Entidades Estatales, no pueden exceder del veinte por ciento (20%) del valor del contrato original (Artículo 13[36] de la Ley 1508).

iii).- Puesto que el artículo 41 de la Ley 80 establece el escrito como un requisito para el perfeccionamiento de los contratos estatales, resulta obvio que esa misma solemnidad debe observarse cuando se trate de convenir o de estipular modificaciones, cambios o variaciones al respectivo contrato estatal.

iv).- En los términos del inciso 3[37] del artículo 41 de la Ley 80, cuando el contratista particular pretenda ceder su posición en el respectivo contrato estatal, requiere obtener autorización previa, expresa y escrita de la Entidad Estatal Contratante.

v).- De conformidad con las disposiciones constitucionales (artículos 345, 350, 352, 353, C.P.) y legales (artículo 71[38] del Decreto-ley 111 de 1996) que regulan las materias de índole presupuestal, resulta imperativo contar con la disponibilidad de los recursos y/o con las autorizaciones correspondientes, incluidas las

---

[35] ***"PARÁGRAFO.*** *En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.*
"Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".

[36] ***"ARTÍCULO 13. ADICIONES Y PRÓRROGAS DE LOS CONTRATOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PÚBLICA.*** *En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.*
"El valor del contrato para estos efectos deberá estar expresamente determinado en el mismo, y basarse en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que se establezca en los casos de proyectos de prestación de servicios públicos.
"Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables".

[37] *"Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante".*

[38] ***"ARTÍCULO 71.*** *Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.*
Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.
"En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.
"……..
"Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86; L. 179/94, art. 49)".

opciones de comprometer vigencias futuras o de asumir compromisos de deuda pública, nacional o internacional, según corresponda, antes de la celebración o la modificación de un contrato estatal, en cuanto tales celebración o modificación puedan comportar o significar la asunción de obligaciones que se traduzcan en la necesidad de hacer pagos o erogaciones con cargo al presupuesto de la Entidad Estatal contratante o de constituir garantías para respaldar obligaciones de pago.

vi).- Que la causa de la respectiva modificación sea *"real y cierta"*[39] ; que esa causa esté *"autorizada en la ley"*[40]*;* que esa causa se encuentre debidamente *"sustentada y probada"*[41]*.*

vii).- Que la modificación proyectada no altere y/o no violente *"el principio de igualdad de los oferentes"*[42]*.*

viii).- Que *"la modificación del contrato no … altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico"*[43]*,* puesto que si se pretende *"la reforma del objeto del contrato … debe tener lugar en un nuevo contrato"*[44]*.*

ix).- Según los análisis y la tesis jurisprudencial de la Corte Constitucional, *"pactar nuevos ítems, en los contratos* [de obra] *a precios unitarios, representa una modificación del objeto contractual"* y, por tanto, se trata de *"una modificación de fondo, y no accesoria, del contrato; por lo que … debe formalizarse mediante un nuevo contrato"*[45]*.*

x).- De la misma manera, según postura de unificación de la Honorable Corte Constitucional, no resulta válido convenir adiciones a los contratos de concesión de obra pública, ni agregarle obras complementarias a su objeto, porque *"las adiciones al objeto de los contratos de concesión de obra pública carecen de fundamento legal",* limitación que incluye *"… la celebración de contratos adicionales para agregar obras complementarias al objeto de los contratos de concesión de obra pública (…)"*[46]*.*

1.4.2.- Cuando se trate del rompimiento del equilibrio económico de un contrato estatal, se requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos :

---

[39] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-300-2012, fechada en abril 25 de 2012, y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto con radicación No. 1.952, fechado en agosto 13 de 2009. Consejero Ponente, doctor Enrique José Arboleda Perdomo.

[40] Ibidem.

[41] Ibidem.

[42] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto con radicación No. 1.952, fechado en agosto 13 de 2009. Consejero Ponente, doctor Enrique José Arboleda Perdomo.

[43] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-300-2012, fechada en abril 25 de 2012.

[44] Ibidem.

[45] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de Unificación en Acción de Tutela SU-214/22, fechada en junio 16 de 2022. Magistrado Ponente, doctor Jorge Enrique Ibáñez Najar.

[46] Ibidem.

i).- Solicitud previa del contratista interesado, y

ii).- Acreditación acerca de si dicha ruptura fue causada *"por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas"* o *"Si dicho equilibrio se* romp[ió] *por incumplimiento de la entidad estatal contratante".* (Artículo 5-1[47], Ley 80).

iii).- Suscripción, entre las partes, de *"… los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación …".*

iv).- Determinación previa de *"… la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso",* y

v).- Que la única finalidad de tales acuerdos sea la de mantener esa igualdad o equivalencia. (Artículo 27[48], Ley 80).

1.4.3.- Cuando se trate del ejercicio de la facultad excepcional de modificación unilateral, será necesario que se cumplan las siguientes exigencias:

i).- Que se configure uno cualquiera de los siguientes casos concretos: **a)** que se trate de un contrato que tenga por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal; **b)** que se trate de un contrato que tenga por objeto la prestación de servicios públicos; **c)** que se trate de un contrato que tenga por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado; **d)** que se trate de un contrato relacionado con el programa de alimentación escolar; **e)** que se trate de un contrato de obra (artículo 14-2[49], Ley 80 expedida en 1993).

---

[47] ***"ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS.*** *Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:*
"1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.
"En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato".

[48] ***"ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL.*** *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*
"Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate".

[49] *"2o. Pactaran las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*

También puede tratarse de **f)** un contrato de suministro o **g)** de un contrato de prestación de servicios, pero en estos últimos casos será necesario que se hubiere estipulado expresamente la referida facultad excepcional de modificación unilateral.

ii).- Que exista un riesgo real y cierto de *"… paralización o afectación grave de los servicios públicos a su cargo",* esto es a cargo de la Entidad Contratante;

ii).- Que *"… las modificaciones a lo contratado"* estén dirigidas, única y exclusivamente, a *"… asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación"* de dichos servicios públicos.

iii).- Que *"… las modificaciones a lo contratado"* sean proporcionales a esos exclusivos fines, y

iv).- Que en el mismo acto administrativo mediante el cual se ejerza la potestad excepcional de modificación unilateral, se *"… proced*[a] *al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se* apli[quen] *los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.* (Artículos 14-1[50] y 16[51], Ley 80).

"Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.
En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.
"PARÁGRAFO. *En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales".*

[50] ***"ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.*** *Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*
"1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.
"En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial".

[51] ***"ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL.*** *Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.*
"Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo".

1.5.- LAS MODIFICACIONES ACORDADAS EL CASO DEL CONTRATO No. 002 DE 2015 QUE AFECTAN EL ALCANCE FÍSICO DEL PROYECTO Y CONSIGUIENTEMENTE SU OBJETO. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE TALES MODIFICACIONES

Tal como las Partes del referido Contrato No. 002 de 2015 lo definieron de manera expresa y voluntaria, por tanto, con efectos vinculantes, a la altura del numeral 1.16 del *"CAPÍTULO I Definiciones"* del propio Contrato, por *"Apéndices Técnicos"* debe entenderse lo siguiente:

> *"1.16 "Apéndices Técnicos"*
>
> ***"Son los documentos adjuntos al Contrato** de carácter técnico, ambiental, social y predial **que contienen obligaciones a cargo del Concesionario. Cualquier modificación a un Apéndice Técnico implicará la modificación del presente Contrato.** Los Apéndices Técnicos son los siguientes:*
>
> ***"Apéndice Técnico 1: Alcance del Proyecto. (…)".*** (Se deja resaltado).

También la definición que se adoptó acerca del *"Contrato",* revela sin dificultad la finalidad o el propósito que animó a las Partes para entender como integrantes de dicho vínculo obligacional sus *"Apéndices",* así:

> *"1.34 "Contrato de Concesión" o "Contrato"*
>
> ***"Será el presente documento (la "Parte General"), la Parte Especial, sus Apéndices y Anexos,** las reglas del Proceso de Selección con sus adendas y anexos, cuando a ello hubiere lugar, el Acuerdo de Garantía y el Acuerdo de Permanencia, debidamente suscritos. Todos los anteriores documentos se entienden incorporados al Contrato, por lo que su contenido será de obligatorio cumplimiento para las Partes".* (Se destaca).

Aunque lo anterior despeja cualquier duda en torno a la importancia que para la relación contractual que se examina revisten los *"Apéndices Técnicos",* cabe añadir que el *"alcance físico del Proyecto",* como elemento del Contrato en estudio, se determinó por el *"Apéndice Técnico 1",* el cual, por tanto, forma parte sustancial de su objeto, tal como lo establecieron las Propias Partes, a saber:

> ***"CAPÍTULO II ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO***
>
> *"2.1 **Objeto***
>
> *"El presente Contrato de concesión bajo un esquema de asociación público privada de Iniciativa Privada en los términos de la Ley 1508 de 2012, tiene por objeto el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto. **El alcance físico del proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1".*** (Se han agregado las negrillas).

Además, en el ***"CAPÍTULO III ASPECTOS GENERALES"*** de la ***"PARTE ESPECIAL"*** del propio Contrato, se definió así el *"Alcance del Proyecto":*

> *"3.2* ***Alcance del Proyecto***
>
> ***"De conformidad con el Objeto del Contrato dispuesto en la Parte General el alcance del Contrato corresponde a*** *los Estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental de la segunda calzada de la vía Ibagué – Cajamarca; y la operación y mantenimiento del sistema vial Variante Chicoral, Variante Gualanday, Gualanday – Ibagué, Gualanday – Espinal, Variante Picaleña, Ramal Norte y trazado existente Ibagué – Cajamarca,* ***de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato".*** (Se ha resaltado).

Con esa claridad, que emerge del texto del propio Contrato acerca tanto de la naturaleza vinculante que acompaña a los ***"Apéndices Técnicos",*** como en relación con el carácter definitorio que respecto del ***"alcance físico del Proyecto"*** tiene el ***"Apéndice Técnico 1"*** y, consiguientemente, del objeto mismo del propio Contrato, resulta fundamental tener presente, de un lado, que en la letra *"(a)"* del ***"CAPÍTULO I Introducción",*** del propio *"Apéndice Técnico 1",* se precisó que su texto *"contiene el alcance y las condiciones técnicas que regirán el Proyecto"* y, de otro lado, en la *"Tabla 5"* que corresponde a la Unidad Funcional 1 –UF1– se describieron como ***"obras especiales obligatorias dentro de la Unidad Funcional"*** los túneles unidireccionales 1, 2 y 3.

Además, en la *"Tabla 7"* del citado *"Apéndice Técnico 1",* SE DETALLARON LAS *"Características Geométricas y Técnicas de Entrega de Cada Túnel".*

Así mismo, en la *"Tabla 11"* del citado *"Apéndice Técnico 1",* que corresponde a la Unidad Funcional 2 –UF2–, se señalaron como ***"Obras especiales que mínimamente debe ejecutar en la Unidad Funcional 2",*** los túneles unidireccionales 4, 5, 6 y 7.

Añádese que, a la altura del numeral 5.3 de su ***"PARTE ESPECIAL",*** el Contrato definió lo relacionado con los *"Recursos para la construcción de Túneles"* y mediante su letra *"(c)"* incorporó la *"Tabla 1. Túneles",* dentro de la cual incluyó tres (3) túneles en la Unidad Funcional 1 –UF1– y cuatro (4) túneles en la Unidad Funcional 2 –UF2–.

Al respecto, si bien cabe poner de presente que el Contrato en examen no corresponde en modo alguno al tipo de los de OBRA, cuya definición recoge el inciso primero (1º) del numeral 1[52] del artículo 32 de la Ley 80, en desarrollo de los cuales el Contratista se obliga a ejecutar y a entregar las obras que específicamente haya convenido con la correspondiente Entidad Estatal Contratante, a cambio de una remuneración que le será pagada según lo que se convenga sobre ese particular, puesto que en este caso, como ya se ha indicado, se acudió a la modalidad de Asociación Público Privada –APP– cuya disciplina establece la citada Ley 1508, dentro de la cual en principio cobra mayor relevancia la concepción en

[52] ***"1o. Contrato de Obra.***
"Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago".

conjunto de la obra de infraestructura acerca de la cual el Contratista asume la obligación, por su cuenta y riesgo, de elaborar sus diseños, construir sus obras, ponerla en servicio, operarla y mantenerla, todo en virtud de las inversiones que realizará dicho Contratista según el alcance físico definido acerca de las mismas, con el derecho a recuperar su inversión y obtener sus utilidades, aunque no exclusivamente, en virtud de la prestación misma del servicio al cual se encuentre afecta la respectiva obra de infraestructura a partir del recaudo de las tarifas que deberán pagar los respectivos usuarios, nada de ello implica que en los contratos de APP y en los de Concesión de Obras deje de tener importancia la definición que las Partes acuerden acerca del "alcance físico" del respectivo proyecto, y menos impide que dichas Partes puedan definir y precisar, desde el Contrato mismo, cuáles han de ser las características mínimas que –en materia de calidad, especificaciones técnicas, disponibilidad de facilidades, etc.–, deben cumplir los diseños y las obras, así como también podrán convenirse cuáles han de ser aquellas obras obligatorias que necesariamente deberán formar parte de las obligaciones del Concesionario.

Pues bien, a partir de las diferentes estipulaciones contractuales que aquí se han transcrito, en mi opinión resulta diáfano que el ***"Apéndice Técnico 1"*** definió como **obras obligatorias,** en sus mencionadas Tablas 5 y 11, tanto para la UF1 como para la UF2, respectivamente, la construcción de los túneles unidireccionales allí descritos, los cuales debían cumplir las especificaciones técnicas mínimas establecidas en su *"Tabla 7",* contentiva de las *"Características Geométricas y Técnicas de Entrega de Cada Túnel",* por manera que, desde el momento de la celebración del Contrato, todos esos elementos se erigieron en sustanciales para la determinación del alcance físico del proyecto y, por tanto, también pasaron a formar parte esencial del objeto del aludido Contrato.

Así las cosas, resulta en extremo relevante detenerse en el examen del acuerdo que celebraron las Partes mediante el otrosí No. 1 al Contrato, por cuya virtud convinieron

> ***"… Sustituir la ejecución de los túneles identificados con los números 1 y 2 de la Unidad Funcional 1*** *Combeima-Valle del Cocora,* ***enunciados en la Tabla 5 del numeral 2.5 del Apéndice Técnico 1 "Alcance del proyecto" del Contrato de Concesión APP No. 002 de 2015,*** *por las obras relacionadas en los estudios y diseños fase II de los Subsectores 2 y 3 elaborados por el Concesionario a su cuenta y riesgo y no objetados por la interventoría mediante la comunicación con radicado ANI No. 20164090546992 de 29 de junio de 2016, documentos que forman parte integral de este otrosí".* (Se deja resaltado).

En idéntico sentido, importa revisar la estipulación a través de la cual, en el otrosí No. 4, las Partes del Contrato, acordaron:

> ***"… Sustituir la obra obligatoria "túnel 3"*** *establecida en la tabla 5 apéndice técnico 1, por las obras que permitan la operación del tráfico sentido Ibagué Cajamarca en el sector comprendido entre Boquerón y Coello Cocora permitiendo conectar la calzada derecha con la vía existente y en consecuencia modificar las tablas No. 10 y 12 y eliminar las tablas 5 y 7 del Apéndice Técnico 1, debiendo en todo caso, el*

Concesionario, garantizar la continuidad entre el "subsector 3 calzada derecha" y el subsector 4".

De esta manera, a través de los referidos otrosíes 1 y 4, se eliminaron totalmente del Contrato aquellas obligaciones que, por cuenta y riesgo del Concesionario, debían ejecutarse en relación con el diseño, la construcción, la puesta en servicio, la operación y el mantenimiento de los túneles 1, 2 y 3 que el mencionado *"Apéndice Técnico 1"* definió como ***"Obras especiales obligatorias dentro de la Unidad Funcional*** **[1]",** las cuales, como se evidencia con claridad a partir del examen de las estipulaciones transcritas, fueron determinantes para definir el *"Alcance del Proyecto"* y, consiguientemente para la conformación del objeto del Contrato, por manera que su eliminación, para ser sustituidas por otras obras viales bien diferentes, a cielo abierto, naturalmente afecta e impacta de manera directa el objeto mismo del citado Contrato de Concesión No. 02 de 2015.

Es bueno reiterar que al realizar el examen del *"Alcance del Proyecto",* elemento sustancial dentro del objeto del Contrato, reviste importancia mayúscula la eliminación total que las Partes convinieron en relación con las aludidas ***"Obras especiales obligatorias dentro de la Unidad Funcional*** **[1]",** y por tanto resulta inocultable la incidencia que ello tiene en cuanto a la conformación del objeto del Contrato, comoquiera que uno era el objeto que se encaminaba a ejecutar un proyecto en el cual, por cuenta y riesgo del Concesionario, debían cumplirse las obligaciones correspondientes al diseño, la construcción, la puesta en servicio, la operación y el mantenimiento de la vía que incluía los aludidos túneles 1, 2 y 3 de la Unidad Funcional 1 –UF1–, y otro objeto diferente es el del Contrato que define la ejecución de dicha UF1 sin los túneles que inicialmente la integraron con el carácter de ***"Obras especiales obligatorias"*** y en cuyo reemplazo o sustitución se convino la realización de los estudios, los diseños, la adquisición de predios, la construcción, la puesta en funcionamiento, la operación y el mantenimiento de obras a cielo abierto que garanticen la conectividad y continuidad de la vía, las cuales en cuanto nunca estuvieron contempladas dentro del Contrato inicial, obviamente tienen el carácter de obras nuevas o complementarias, cuya adición no resulta jurídicamente viable en esta clase de contratos según lo ha desarrollado la Jurisprudencia nacional y en especial así lo puntualizó con toda precisión, recientemente, en Sentencia de Unificación la Jurisprudencia constitucional[53].

No es difícil entender, sin que para ello se requieran conocimientos técnicos especializados, la gran diferencia que existe en términos de riesgos, de diseños, de dificultad de los procesos constructivos, de costos, de adquisición y disponibilidad de predios, de tiempos para la ejecución de estudios, diseños, obras, etc., que se incluyan y se acuerde la ejecución de los estudios, diseños, ejecución, operación y mantenimiento de obras de infraestructura vial –como es el caso de la mencionada Unidad Funcional 1–, respecto de obligaciones correspondientes a tres (3) túneles

[53] Recuérdese que la Honorable Corte Constitucional, en su citada Sentencia de Unificación SU-214-22, fechada en junio 16 de 2022, entre otras cuestiones de importancia, precisó:
"201. *(…) a la fecha carecen de fundamento legal (i) la celebración de contratos adicionales para agregar obras complementarias al objeto de los contratos de concesión de obra pública (…).*
"202. *(…) a la fecha las adiciones al objeto de los contratos de concesión de obra pública carecen de fundamento legal".*

con longitudes aproximadas de 0,27 kilómetros, 0,546 kilómetros y 0,18 kilómetros, por contraste con la alternativa de no tener que cumplir una sola de tales específicas prestaciones.

Son tales y tan particulares las exigencias, los conocimientos, los análisis, los estudios y demás aspectos que comportan las obligaciones consistentes en diseñar, construir, poner en servicio, operar y mantener tres (3) túneles en la vía de la Unidad Funcional 1 a que se refiere el mencionado Contrato No. 002 de 2015, en contraste con las exigencias que deben satisfacerse –obviamente no menos importantes–, cuando se trata de la realización de estudios, diseños, construcción, puesta en servicio, operación y mantenimiento de vías vehiculares a cielo abierto, que por ello mismo el Contrato en estudio definió, de manera obligatoria, la experiencia y la idoneidad que, en materia de construcción de túneles, debían reunir aquellos Contratistas que tuvieran a su cargo esa clase de obras.

En efecto, así reza la letra *"(c)"* del numeral *"5.1"* de la ***"PARTE ESPECIAL"*** del Contrato, en la cual se establecieron, obviamente con efectos obligatorios, los siguientes requisitos mínimos:

> ***"CAPÍTULO V ETAPA PREOPERATIVA"***
>
> *"5.1 Características de los Contratistas*
>
> *"Para efectos de lo previsto en la Sección 5.2(a) de la Parte General,* ***el Contratista encargado de la ejecución del Contrato de Construcción deberá cumplir los requisitos de experiencia mínimos que se establecen a continuación.***
>
> *"……..*
>
> *"(c)* ***Experiencia en Construcción de Túneles.*** *Además de la experiencia referida en las secciones 5.1 (a) y (b) anteriores,* ***se deberá acreditar la Construcción de un mínimo de mil doscientos sesenta y siete (1.267)*** (sic)[54] ***Túneles en un (1) contrato.***
>
> *"(i) Para acreditar esta experiencia solamente se podrán sumar hasta tres (3) contratos, siempre que al menos uno (1) de ellos sea para la construcción de un Túnel de por lo menos seiscientos (600) metros de longitud".*

Agréguese a lo dicho que cabe concluir que formaron parte del OBJETO del Contrato No. 002 de 1215 las referidas ***"Obras especiales obligatorias dentro de la Unidad Funcional*** **[1]",** puesto que así fueron calificadas de manera expresa, deliberada, voluntaria y vinculante por las mismas Partes dentro del *"Apéndice*

[54] Por elemental sentido lógico, fácil resulta advertir que según la razonabilidad de la estipulación transcrita quedó incompleta y seguramente le faltó la especificación de que en realidad debía acreditarse la experiencia en la construcción de **túneles** *con una longitud mínima de* 1267 **metros,** ello por cuanto, de un lado, no es posible entender que para la construcción de un número reducido de túneles se estuviere exigiendo la experiencia en la construcción de, al menos, 1267 túneles, lo cual resultaría en extremo exagerado y desproporcionado y, de otro lado, no podría entenderse tampoco y ni siquiera cumplirse la especificación que se consignó enseguida, dentro de ese mismo documento contractual, según la cual *"(i) Para acreditar esta experiencia solamente se podrán sumar hasta tres (3) contratos, siempre que al menos uno (1) de ellos sea para la construcción de un Túnel de por lo menos seiscientos (600) metros de longitud".*

Técnico 1" del aludido Contrato, a propósito del cual y para establecer cómo se encontraba conformado su OBJETO, resulta pertinente tener en cuenta que el ordenamiento legal colombiano contempla, como no podía ser de otra manera, la viabilidad jurídica –y los efectos vinculantes que de ello se derivan, naturalmente–, de que sean las propias partes del correspondiente negocio jurídico las que definan y determinen cuáles han de ser los elementos específicos de su OBJETO, tal como lo explican con claridad los profesores Ospina Fernández y Ospina Acosta en su obra *"Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico":*

> ***"33. EL OBJETO ESPECÍFICO DE LOS ACTOS JURÍDICOS.*** *Sentado el principio, impuesto por definición lógica, de que todo acto jurídico ha de tener un objeto consistente en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas,* ***también resulta claro que ya en tratándose de cada acto particular, su objeto o contenido es igualmente particular o específico y difiere del objeto de otros actos distintos.*** *En el contrato de mutuo el objeto específico está constituido principalmente por la tradición de una cosa fungible que le hace el mutuante al mutuario y por la obligación a cargo de este último de restituir dicha cosa; la convención de prórroga del mencionado contrato tiene por objeto la ampliación del plazo para la restitución, y, en fin, esta restitución por el mutuario, estructura otro acto, el pago, cuyo objeto es la extinción de la obligación generada por el mutuo. Véase, por tanto, que tres actos jurídicos, aunque intercoordiados, tienen objetos específicos diferentes".*
>
> *"……..*
>
> *"En suma: lo que importa poner de manifiesto desde ahora es que* ***el objeto específico de los actos jurídicos está constituido por su contenido de la misma índole, o sea, por su contenido jurídico asignado por los agentes*** *o por la ley. (…)"*[55]*.* (Se deja resaltado).

Y en punto de la posibilidad de que sean las partes quienes identifiquen un elemento de la cosa objeto de su negocio jurídico para que se torne en un elemento esencial u obligatorio, resulta suficientemente claro el inciso segundo del artículo 1511 del Código Civil, al punto de sancionar como vicio del consentimiento y, por tanto, como causal de nulidad relativa del correspondiente negocio jurídico o contrato, la circunstancia de que ese aspecto definido por las partes difiera de las características que en la realidad finalmente le corresponda:

> ***"ARTICULO 1511.*** *(… …)*
>
> *"El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino* ***cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte".*** (Se deja resaltado).

Acerca de la disposición legal transcrita, Ospina Fernández y Ospina Acosta señalan:

[55] Ospina, G. y Ospina E., Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. (2019). Bogotá D.C., Colombia. Editorial: TEMIS. Págs. 28-37.

> *"(…) Basta, pues, leer el artículo transcrito* [se alude al artículo 1511 del Código Civil] *para comprender que en el sistema colombiano el error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto, de que trata el inciso primero y respecto del cual no se exige requisito alguno para que constituya vicio del consentimiento, es diferente del error acerca de las calidades accidentales de dicho objeto, a que se refiere el inciso segundo del mismo artículo con la expresión "cualquiera otra calidad de la cosa", que significa cualquier calidad que no pertenezca a la sustancia o esencia de la cosa. Este último error no vicia el consentimiento de los que contratan sino cuando la calidad accidental que se estudia es el principal motivo de uno de ellos para contratar y este motivo ha sido conocido de la otra parte.*
>
> *"……..*
>
> *"DON ANDRÉS BELLO, a vuelta de corregir la inexactitud filosófica de esta teoría francesa, mediante la reducción del error in substantia a las verdaderas calidades esenciales o sustanciales del objeto de los actos jurídicos**, también tuvo que reconocer que el error acerca de las calidades accidentales de dicho objeto constituye, en ciertas condiciones, un grave vicio del consentimiento, capaz de afectar la validez de los actos respectivos. Así, teniendo en cuenta que las calidades accidentales de una cosa solamente revisten la importancia que los interesados efectivamente les atribuyan, el señor BELLO comenzó por no reconocerle eficacia al error cometido acerca de aquellas, sino cuando tales calidades hubieran sido el móvil o motivo determinante de una de las partes para contratar.** Y, como también era necesario dar seguridad al comercio y proteger a la otra parte, evitándole las sorpresas y los perjuicios que injustificadamente podría ocasionarle la anulación de un contrato celebrado de buena fe por ella, el redactor de nuestro Código Civil exigió, además, como condición indispensable para que el consentimiento quedara viciado, que los móviles o motivos determinantes de la voluntad de una de las partes relacionados con las calidades accidentales del objeto, fueran conocidos de la otra parte. Tal es lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1511 del Código citado, a cuyo tenor: "El error acerca de otra cualquiera calidad (no esencial) de la cosa no vicia el consentimiento sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte" (se subraya)".*
>
> *"……..*
>
> *"Para terminar, se debe tener en cuenta que el inciso segundo del artículo 1511 no exige que la contraparte de la que ha cometido un error sobre las calidades accidentales del objeto se haya informado mediante declaración directa de esta última acerca de la importancia atribuida por ella a tales calidades, sino que se limita a pedir que aquella tenga conocimiento del móvil o motivo determinante de la otra parte, cualquiera que haya sido la fuente de dicho conocimiento"*[56]*.*

Según lo expuesto, si las partes de un determinado contrato, o al menos una de ellas con conocimiento de la otra, le atribuyen a una característica de la cosa sobre la cual versa su acuerdo el móvil o motivo que la lleva a celebrar dicho contrato, además del vicio en el consentimiento por error sobre las calidades accidentales del objeto, también se afectaría el contrato en cuestión por razón de su falsa causa,

[56] Ibidem, páginas 186 – 193.

comoquiera que el artículo 1524 del mismo Código Civil define la causa en los siguientes términos:

"Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato".

Para abundar en razones que evidencian cómo la voluntad de las partes contratantes tiene la virtualidad suficiente para atribuirle a una determinada cosa o a una determinada característica de la misma un valor jurídicamente significativo, independientemente de que en principio a ese aspecto, a esa característica o a esa cosa no le hubiere correspondido tal relevancia, basta considerar la viabilidad, contemplada, prevista, regulada y amparada por el Código Civil, según la cual las partes de un contrato perfectamente pueden celebrar el mismo en torno a una especie o 'cuerpo cierto', lo cual individualizará entonces esa cosa frente a las demás que integran el género al cual pertenece aquella y que la diferenciará entonces de todas las de dicho género.

A tal punto resulta relevante la definición de 'cuerpo cierto' que de manera libre y voluntariamente las partes de un determinado contrato pueden asignarle a la cosa o al objeto material sobre el cual contratan, que esa sola calificación tendrá repercusiones importantes en cuanto a los efectos jurídicos que habrán de generarse en cuanto al riesgo de pérdida de la cosa que se debe (artículos 1729, 1731 y siguientes, Código Civil), o en cuanto al alcance de los derechos de cada uno de tales contratantes (artículos 1887 y 1889, Código Civil), o en cuanto a la extinción de la obligación por su pago (artículos 1627, 1648 y 1649, Código Civil).

Pues bien, en el presente caso, es bueno reiterarlo, fueron las propias Partes del Contrato No. 002 de 2015 quienes definieron de manera libre, voluntaria y obviamente con efectos vinculantes, los siguientes aspectos fundamentales para soportar la conclusión que aquí he expuesto y sostenido:

i).- Que el *"Contrato de Concesión" o "Contrato"* estará integrado, entre otros, por ***"… sus Apéndices …";***

ii).- Que los *"Apéndices Técnicos"* ***"Son los documentos adjuntos al Contrato de carácter técnico*** *…* ***que contienen obligaciones a cargo del Concesionario"***

iii).- Que ***"Cualquier modificación a un Apéndice Técnico implicará la modificación del presente Contrato";***

iv).- Que "[e]*l presente Contrato de concesión bajo un esquema de asociación público privada de Iniciativa Privada …* ***tiene por objeto*** *el otorgamiento de una concesión para que* ***de conformidad con lo previsto en este Contrato,*** *el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto";*

v).- Que dentro de la definición del ***"Objeto"*** del contrato se incluyó de manera expresa su ***"alcance físico",*** acerca del cual se puntualizó que **"[e]*l alcance físico del proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1".***

vi).- Que el *"Apéndice Técnico 1"* fue identificado como fundamental en relación con la determinación del ***"Alcance del Proyecto",*** en cuanto acerca de dicho Alcance se convino que ***"… [d]e conformidad con el Objeto del Contrato dispuesto en la Parte General el alcance del Contrato corresponde a … de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato".***

vii).- Que en *"Apéndice Técnico 1"* quedaron incluidas y calificadas como *"especiales"* y ***"obligatorias",*** las obligaciones correspondientes a la ejecución de los túneles 1, 2 y 3 de la Unidad Funcional 1, en cuanto fueron identificadas de expresa e inequívocamente como ***"Obras especiales obligatorias dentro de la Unidad Funcional [1]".***

De esta manera y a la luz de las directrices que emanan de la línea jurisprudencial uniforme, reiterada y pacífica de las altas Corporaciones de Administración de Justicia en el país, según quedó expuesta con amplitud en apartes anteriores, a mi juicio se impone concluir que en cuanto los mencionados túneles 1, 2 y 3 de la unidad Funcional 1 –UF1–, desde la celebración del Contrato No. 002 de 2015 formaron parte esencial de su OBJETO, dado que fueron determinantes para establecer el *"Alcance del Proyecto"* al punto de haber sido expresamente calificadas por las propias Partes, en el *"Apéndice Técnico 1",* como ***"Obras especiales obligatorias dentro de la Unidad Funcional [1]",*** no podían entonces ser materia de modificaciones significativas tales obligaciones relacionadas con la realización de los estudios, los diseños, la construcción, la puesta en servicio, la operación y el mantenimiento de esos túneles y, por ende, menos podían ser eliminadas válidamente por completo.

Así pues, en cuanto los acuerdos modificatorios del Contrato No. 002 de 2015 contenidos en los otrosíes Nos. 1 y 4 eliminaron totalmente las previsiones, las estipulaciones y las obligaciones relacionadas con la elaboración de los estudios, los diseños, la construcción, la puesta en servicio, la operación y el mantenimiento de los referidos túneles 1, 2 y 3 de la unidad Funcional 1, se tiene entonces que según los claros desarrollos jurisprudenciales efectuados por la Honorable Corte Constitucional y por el Honorable Consejo de Estado, las referidas modificaciones resultan abiertamente contrarias a los Principios Constitucionales y legales de igualdad, moralidad, economía, imparcialidad, publicidad, libre concurrencia, selección objetiva, transparencia, planeación y responsabilidad, así como contrarían también abiertamente los límites que ha identificado la jurisprudencia en cuanto a la viabilidad de introducir modificaciones a los contratos estatales, por lo cual, en mi criterio, debió resolverse que tales otrosíes se encuentran afectados por ilicitud en su objeto, puesto que por razón y/o con ocasión de su celebración se contrarió el derecho público de la Nación, de conformidad con lo dispuesto al respecto por el artículo 1519 del Código Civil, según el cual

> ***"ARTICULO 1519.*** *Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto".*

En ese sentido, debe señalarse entonces que tales acuerdos contractuales se encuentran viciados de nulidad absoluta, según los dictados del artículo 1741 del Código Civil, a cuyo tenor:

> ***"ARTICULO 1741.*** *La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*
>
> *"Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.*
>
> *"Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".*

En razón de lo anterior, considero que al Tribunal, en su condición de Juez del Contrato, le correspondía declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los mencionados otrosíes Nos. 1 y 4 del Contrato No. 002 de 2015, ello en cumplimiento de los mandatos imperativos que contiene el artículo 1742 del mismo Estatuto Civil, según los cuales:

> ***"ARTICULO 1742.*** *La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".* (Se deja subrayado).

Naturalmente, en cuanto tal declaración de nulidad absoluta, no acogida por la mayoría del Tribunal, privara de sus efectos jurídicos a los mencionados otrosíes Nos. 1 y 4, correspondía entonces examinar y definir cuál habría sido el impacto que respecto de la totalidad del Contrato No. 002 de 2015 habría significado dicha anulación –comoquiera que en virtud de dichos otrosíes 1 y 4 se ejecutaron obras– ello con la finalidad de determinar entonces si todavía resultaba posible resolver la demanda formulada por la Parte Convocada a la luz del Contrato inicial, esto es sin considerar sus mencionadas modificaciones o si, por el contrario, necesariamente debía procederse a la aplicación de los mandatos consagrados en el artículo 32 de la Ley 1508, cuyo texto vigente –con la incorporación de las modificaciones que al mismo le introdujo el artículo 20 de la Ley 1882 expedida en 2018–, por corresponder a una norma legal posterior en el tiempo y especial, estaría llamada a ser aplicada de manera preferencial frente a los dictados de los artículos 1746[57] del

[57] ***"ARTICULO 1746.*** *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*
"En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo".

Código Civil y 48[58] de la Ley 80, en cuanto todas esas disposiciones legales regulan aspectos relacionados con los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta, total o parcial, de un contrato.

El siguiente es el texto del actualmente vigente artículo 32 de la Ley 1508, expedida en 2012, cuya aplicación estimo que debió examinarse y resolverse de fondo acerca de su aplicación en el caso concreto si se hubiera acogido la tesis que aquí expongo y sostengo acerca de la nulidad absoluta que, en mi criterio, vició los referidos otrosíes 1 y 4 del Contrato No. 002 de 2015:

> ***"Artículo 32. Terminación anticipada.*** *En los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.*
>
> ***"PARÁGRAFO 1.*** *En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación[59].*
>
> *"Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto:*
>
> *"1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.*
>
> *"2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.*
>
> *"3. Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.*

[58] ***"ARTÍCULO 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD.*** *La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*
"Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público".

[59] La Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C-207-19 de mayo 16 de 2019, declaró la exequibilidad condicionada del inciso primero del parágrafo 1, *en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.*

"4. No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales.

"El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, lo anterior actualizado por IPC.

"El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:

"(i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.

"(ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación.

"Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor.

"Lo dispuesto en el presente parágrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

***"PARÁGRAFO 2.** El concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o los integrantes del mismo que hayan dado lugar a la causal de nulidad o la declaratoria de la misma por la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad, según corresponda, deberán pagar a la entidad el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada, o en caso de que no se haya convenido, dicha suma será el cinco por ciento (5%) del valor del contrato.*

"Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a que haya lugar".

2.- LA FALTA DE PRUEBA PARA ADMITIR LA PROSPERIDAD DE LA PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA PRIMERA

En este punto resulta fundamental tener en cuenta los efectos y los alcances del Principio de Congruencia al cual el Laudo en mención hizo amplia referencia en la parte inicial de las consideraciones del Tribunal, principio consagrado y regulado de manera expresa a través del artículo 281 del Código General del Proceso –C.G.P.– y en cuyos incisos 1 a 4 establece:

***"ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS.** La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda*

> *y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*
>
> *"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.*
>
> *"Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.*
>
> *"En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio".*

Teniendo en cuenta igualmente los desarrollos jurisprudenciales que explican con detenimiento el alcance de dicha normativa, desarrollos jurisprudenciales de los cuales también se ocupa con detenimiento el Laudo respecto de cuyo contenido aquí consigno mi voto individual, es posible entender y concluir entonces que por virtud del principio en mención, que las PRETENSIONES y las EXCEPCIONES que formulen y/o propongan las Partes del litigio, están llamadas a delimitar la competencia del respectivo juez.

Pues bien, al examinar dentro de ese contexto la referida PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA PRIMERA, se encuentra que la misma fue formulada, dentro de la Demanda subsanada, en los siguientes términos:

> ***"VIGÉSIMA PRIMERA.-*** *Se declare que el cuarto (4) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015* ***resulta insuficiente para compensar el valor del desbalance entre los ingresos por peaje*** *que se habrían obtenido comparados con aquellos que la Concesionaria está embolsando y embolsará en el futuro".* (Se deja resaltado en negrillas).

Tal como puede apreciarse y se ha destacado dentro del texto de la referida PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA PRIMERA, para que la misma pudiera ser estimada y abrirse paso, era fundamental que se pudiera establecer, sin lugar a la menor hesitación, cuál había sido o cuál era el ***"VALOR DEL DESBALANCE",*** puesto que únicamente a partir de esa definición podrían hacerse las comparaciones, los cotejos, las proyecciones, los análisis y las demás reflexiones que permitieran concluir si ese ***"VALOR DEL DESBALANCE"*** era **suficiente** o **no era suficiente,** para que pudiera ser compensado a través del *"… cuarto (4) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 …".*

Y ocurre que, en mi criterio, ese elemento indispensable, fundamental e insustituible para poder definir sobre la prosperidad de la referida PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA PRIMERA, es decir el aludido ***"VALOR DEL DESBALANCE",*** no se

probó dentro del expediente y, por tanto, no había lugar, en modo alguno, a declarar la prosperidad de ese pedimento.

El anterior aserto lo apoyo en las siguientes consideraciones.

Al examinar el dictamen pericial de parte que aportó la Convocante, evidentemente se aprecia que el Perito realizó el cálculo del índice porcentual que representó la elusión, lo cual fue consignado en su respuesta a la pregunta 8.23, a lo largo de la cual explicó el significado de los mencionados *"índices porcentuales que representan la ELUSIÓN en el pago del peaje en la Estación de Cocora"* según la discriminación de vehículos por categorías, y explicó la metodología que observó al señalar que en primer lugar se tomó en cuenta *"… el monto que habrían representado los ingresos por concepto del recaudo de las tarifas de peaje señaladas en la Resolución 0000175 del Ministerio de Transporte, de no haberse presentado la Elusión",* hecho lo cual y como segundo paso se tomó *"… la información sobre el tráfico que circuló por el Peaje Cocora que fue suministrada por el Concesionario por cada una de las categorías y por cada mes de circulación",* respecto de lo cual indicó que "[s]*e registró que hubo un total de 954.509 vehículos que han usado la nueva vía durante los meses de desde Octubre del 2021 hasta Octubre de 2022"* y, como tercer paso, se realizaron los cálculos correspondientes al recaudo total mediante la aplicación de la fórmula que describió en su experticia, furto de lo cual indicó que *"… se obtuvo que el recaudo total teniendo en cuenta todas las categorías y el periodo analizado, corresponde a COP 17.826.028.600".*

Agregó que, además de lo anterior, *" … fue necesario realizar un conteo manual – en tiempo real – de los vehículos que Eludieron el Peaje Cocora entre Octubre del 2021 hasta Octubre de 2022 para cada una de las categorías",* actividad respecto de la cual señaló que "[s]*e registró que hubo un total de 612.331 vehículos que Eludieron el Peaje Cocora en dicho periodo",* y entonces procedió a determinar *"… el Recaudo Eludido mediante el uso de la siguiente fórmula",* la cual también fue descrita en el dictamen, dentro del cual señaló que "[d]*e acuerdo con lo anterior se obtuvo que el Recaudo Eludido teniendo en cuenta todas las categorías y el período de interés corresponde a un total de COP 13.560.297.224".*

También añadió que "[c]*omo último paso, con base a los resultados obtenidos de las tablas anteriores, se calcula el porcentaje de Elusión, por cada una de las categorías vehiculares y en cada mes, haciendo uso de las siguientes fórmulas …"* las cuales describió con todo detalle y al respecto puso de presente que al aplicar tales fórmulas *"… se evidencia que la Elusión es diferente en cada una de las categorías como se muestra al principio de este numeral. Si bien, la Categoría I, presenta un nivel de Elusión del 30,5%, la Categoría III y V tiene el nivel de Elusión del 50,7%, siendo superior al tráfico que paga el peaje".*

Al ocuparse de responder la pregunta 8.25, el Dictamen Pericial de Parte calculó el porcentaje proyectado representativo de la elusión durante el lapso comprendido entre el 31 de otubre de 2023 y la fecha estimada inicialmente para la obtención del VPIP.

En relación con la metodología utilizada, el Experto manifestó que la información del conteo fue manual en lo que toca con el fenómeno de elusión registrada por el

Concesionario y, a su vez, que utilizaron como base de sus estimaciones *"… los valores entregados por la Concesionaria, que tienen como fuente los informes de la fiduciaria; advirtiendo que la labor de los peritos no abarcaba un ejercicio de auditoria y/o validación de las cifras que le fueron entregadas",* a lo cual cabe añadir que al dictamen pericial de parte se anexó el documento titulado *"INFORME DE OPERACIÓN CÁMARA DE AFORO ELUSIÓN COELLO COCORA – VÍA CAJAMARCA IBAGUÉ (4003)",* al cual he de referirme más adelante.

También importa señalar que a través de la complementación y/o adición a su Dictamen Pericial, debidamente decretada en su oportunidad por el Tribunal, el Perito además de haber realizado la actualización de los *"… índices porcentuales que representan la ELUSIÓN en el pago del peaje en la Estación de Cocora hasta el 30 de Abril del 2023 …",* puso de presente que el conteo de los vehículos se realizó de manera manual.

Agregó la experticia que *"… la actualización del tráfico total que ha transitado por el Peaje Cocora durante los meses de desde Octubre del 2021 hasta el 30 de Abril del 2023 corresponde a 1.442.460 vehículos",* respecto de lo cual añadió que *"… la actualización del recaudo total, que desde Octubre del 2021 hasta el 30 de Abril del 2023, corresponde a COP 26.391.828.8000".*

Añadió que *"… también se realizó una actualización del conteo manual de los vehículos que Eludieron el Peaje Cocora entre Octubre del 2021 hasta el 30 de Abril del 2023"* acerca de lo cual indicó que "[s]e *registró que hubo un total de 934.003 vehículos"* y, al respecto, indicó que "[l]*o anterior conlleva a que el Recaudo Eludido desde Octubre del 2021 hasta el 30 de Abril del 2023 representa COP 20.719.994.124 …"* y puso de presente que *"… con base las actualizaciones señaladas anteriormente, se calcula el porcentaje de Elusión mensual (…)".*

Si bien las explicaciones rendidas acerca de la metodología y los procedimientos observados para la elaboración del Dictamen Pericial, así como los cálculos en él efectuados y la información que se tuvo en cuenta para su realización podrían considerarse suficientes, claros y concluyentes para tener por determinado, acreditado y probado el ***"VALOR DEL DESBALANCE"*** que en mi criterio resulta fundamental establecer para poder resolver de fondo sobre la prosperidad, o no, de la mencionada PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA PRIMERA y sin que las anotaciones que me llevan a desestimar esa prueba comporten apreciación alguna y menos descalificación de ninguna índole acerca de la idoneidad del Perito y menos sobre la precisión y la calidad de su informe, en mi opinión esa prueba no es digna de crédito en los puntos antes destacados, puesto que, tal como también quedó acreditado dentro del proceso, resulta evidente que el Perito no corroboró y no auditó los datos y la información que le fue suministrada por la propia Parte Convocante para que realizar los cálculos que finalmente efectuó, por lo cual ese mismo Perito mal puede dar fe sobre la veracidad de dichos datos y de dicha información.

En efecto, durante la Audiencia de contradicción del Dictamen Pericial en mención, se constató de manera inequívoca que el Perito no verificó y no auditó la información ni los datos con base en los cuales realizó los cálculos correspondientes, comoquiera que se limitó a recibir esos datos y esa información que le suministró la

Parte Convocante, por lo cual no conoció tampoco la fidelidad de la fuente de la cual hubiesen provenido.

Así lo reflejan, sin lugar a la menor duda, los siguientes apartes que corresponden a la 'desgrabación' de los aspectos pertinentes por los cuales se interrogó en la Audiencia correspondiente a los responsables de la elaboración y sustentación del Dictamen Pericial de Parte al que aquí se alude, doctores María Alejandra González Briceño, Juan Manuel Martínez Paz y Santiago Correa Villaveces:

> *"DR. ORTEGÓN: [01:17:52] En la pregunta 8.23 la correspondiente respuesta, se hace referencia que a efecto de establecer la supuesta elusión, se hizo un conteo manual.*
>
> *"SRA. GONZÁLEZ: [01:18:08] Sí, pues fue informado por nosotros.*
>
> *"DR. ORTEGÓN: [01:18:11] Solamente para introducir nuevas preguntas… (Interpelado)*
>
> *"DR. FAJARDO: [01:18:13] Una pregunta a propósito de eso doctora, cuando dice fue informado por nosotros, ahí quisiera preguntar,* ***¿ustedes recibieron la información sobre el conteo manual o ustedes hicieron el conteo manual?***
>
> *"SRA. GONZÁLEZ: [01:18:32]* ***No, recibimos la información, eso es un input para nosotros.***
>
> *"DR. FAJARDO: [01:18:36]* ***¿Que se los dio quién?***
>
> *"SRA. GONZÁLEZ: [01:18:37]* ***GICA.***
>
> *"DR. FAJARDO: Muchas gracias.*
>
> *"DRA. MELO: [01:18:40] Perdón, Con la venia del presidente. ¿Ustedes recuerdan ese conteo manual desde cuándo hasta cuándo?*
>
> *"SR. CORREA: [01:18:47] Desde el 27 de octubre del 2021 hasta la fecha.*
>
> *"DRA. MELO: [01:18:51] ¿Hasta la fecha del dictamen?*
>
> *"SR. CORREA: [01:18:53] Sí.*
>
> *"DR. ESCALLÓN: [01:18:56] Yo sigo con otra pregunta, adicionalmente del tema del control manual en general todas las fuentes del input que ustedes hicieron en el desarrollo de los modelos,* ***¿quién generó la información, la generaron ustedes?***
>
> *"SRA. GONZÁLEZ: [01:19:09]* ***No, GICA.***
>
> *"DR. ESCALLÓN: [01:19:12]* ***¿Y ustedes auditaron que eso …*** *(Interpelado)*
>
> *"SRA. GONZÁLEZ: [01:19:15]* ***No era nuestro peritaje, exacto, lo tomamos como cierto.***
>
> *"DR. ESCALLÓN: [01:19:19]* ***¿Y en relación con el conteo manual entonces GICA les entregó a ustedes el cálculo que había***

> ***hecho ellos sobre el sistema que se ha expuesto aquí qué han utilizado?***
>
> *"SRA. GONZÁLEZ:* ***Exacto, sí señor".*** (Se deja resaltado en negrillas).

Así pues, el Dictamen Pericial de Parte se trabajó, única y exclusivamente, a partir de la información que al Perito le suministró la Convocante –a través de unos documentos de Excel–, sin que el Perito hubiese participado en su recolección ni la hubiere auditado para verificar su certeza o su seguridad.

De esa manera, más allá de que las operaciones y los cálculos que se encuentran realizados y explicados en el Dictamen Pericial puedan ser correctos a la luz de la ciencia financiera, lo cierto es que la fuente de la información con la cual se efectuaron esos cálculos la constituyó la propia Convocante, tanto como si hubiere incluido esos datos y esa información dentro de los HECHOS de su Demanda, por manera que no resulta suficiente para tenerlos por válidos y por ciertos que el mismo Demandante los haya recaudado y los haya entregado al Perito, quien sin auditoría alguna de por medio procedió a trabajar con ellos, puesto que en esas condiciones esos datos y esas informaciones siguen afectados por su total incertidumbre, sin que los resultados de las operaciones realizadas en el Dictamen les atribuyan la certeza que hace falta y que el juez requiere para darle crédito a esa prueba.

Es más, según se señaló aquí anteriormente, al Dictamen Pericial se anexó –al parecer para sustentar o mostrar la fuente de la información con la cual se realizaron los cálculos y se aplicaron las complejas fórmulas matemáticas descritas dentro de dicha experticia– el denominado *"INFORME DE OPERACIÓN CÁMARA DE AFORO ELUSIÓN COELLO COCORA – VÍA CAJAMARCA IBAGUÉ (4003)"* respecto del cual, al efectuar la valoración de esa prueba, resulta posible y obligatorio anotar las siguientes observaciones:

- <u>En primer lugar</u>, ese "informe" no tiene firma de quien se haga responsable por su contenido y/o por su elaboración; apenas si aparece como supuesto responsable el nombre de quien tendría, además, la condición de *"Director de Operación Concesionaria APP-GICA S.A.".*

- <u>En segundo lugar</u>, ese supuesto responsable por la elaboración del tal documento, no fue llamado a rendir declaración testimonial o a efectuar su reconocimiento bajo la gravedad del juramento, lo cual siempre estuvo al alcance de la Convocante en las etapas procesales establecidas por la ley para la solicitud del decreto de pruebas;

- En tercer lugar, ese documento indica, de manera muy vaga, que "[c]*on el fin de verificar los vehículos elusores del Peaje Cocora, los cuales transitan en sentido Ibagué – Cajamarca, se instalaron dispositivos tecnológicos para lograr obtener videos en tiempo real o pregrabados, y de esta manera cuantificar el volumen de vehículos por categoría que eluden o evitan el pago por el Peaje Cocora",* sin embargo no se precisó y menos se probó cuáles o cuantos *"dispositivos tecnológicos"* habrían sido instalados, ni dónde, ni sobre su correcto o adecuado funcionamiento, etc.

- En cuarto lugar, explica ese documento que

> "[l]*as imágenes o videos son capturados por cámara tipo panorámica con tecnología "IP dirección del Protocolo de Internet" ubicada en el Pr 75+0290 de la vía Cajamarca – Ibagué (4003), la cual transmite los datos de video en tiempo real a servidor alojado en la Estación de Policía de Coello cocora. Este servidor se encarga de procesar y almacenar la información".*
>
> *"El servidor referido, cuenta con conectividad a Internet y de esta manera se logra acceder al dispositivo de manera remota desde el CCO por medio del programa ANYdesk, aplicando protocolos de seguridad tecnológica".*

Al respecto no se aportó prueba alguna –testimonial, pericial o documental–, acerca de los siguientes aspectos fácticos: la existencia de tales videos; las fechas precisas y las horas a las cuales pudieren corresponder esos videos; sobre los responsables de asegurar el funcionamiento y el mantenimiento de las cámaras correspondientes; la ubicación adecuada de las cámaras respectivas; la confiabilidad de los videos y de la cadena de custodia de sus resultados; etc.

- En quinto lugar, se dijo también que

> *"Posteriormente, operadoras de la firma Regency, realizan el aforo identificando las categorías y volúmenes de cada tipo de vehículo, teniendo en cuenta la Resolución N° 175 de 2015".*

Sobre el particular nada se probó acerca de la existencia de la mencionada *"firma Regency",* ni sobre su experiencia, su idoneidad o su conocimiento sobre el tema, como nada se probó acerca de la labor que se dijo realizarían sus *"operadoras",* la supervisión sobre dicha labor y la calidad que tendría el producto de ese trabajo; nadie de la mencionada *"firma Regency"* fue mencionado para que pudiera comparecer a rendir su declaración testimonial acerca de esos hechos;

- En sexto lugar, se incluyen en ese documento unas fotografías que reflejan unos postes sobre una vía pública, pero sin que sea posible establecer nada al respecto, como por ejemplo quién tomó esas fotografías o las fechas a las cuales podrían corresponder.

Lo propio puede decirse acerca de la fotografía de una pantalla que parecería corresponder a un monitor y que se dice estaría alojado en *"la Estación de*

Policía de Coello Cocora", pero sin que haya certeza de ello, ni de su autor y menos de la fecha en la que fue tomada.

De la misma manera aparecen dos fotografías en las que se aprecia a una persona frente a un computador, pero sin que esa fotografía pueda tenerse como prueba acerca de los aspectos que supuestamente buscaría acreditar.

Es bueno e importante advertir que con los cuestionamientos que dejo expuestos acerca del aludido documento *"INFORME DE OPERACIÓN CÁMARA DE AFORO ELUSIÓN COELLO COCORA – VÍA CAJAMARCA IBAGUÉ (4003)",* así como en relación con los datos e informaciones suministradas por la Convocante al Perito, los cuales no fueron corroborados ni auditados por este, de ninguna manera pretendo sugerir, siquiera, que **APP GICA S.A.,** y/o sus directivos hubieren actuado de mala fe en la elaboración de tales datos e informaciones y muchísimo menos estoy presumiendo esa mala fe en tales actuaciones, lo único que aquí señalo y preciso es que tanto el documento en mención que se anexó al Dictamen Pericial de Parte como los datos y las informaciones que fueron entregadas a la firma Experta, no ofrecen los elementos de convicción que se requieren para que el juez de la causa pueda tener tales datos e informaciones como ciertos y, sobre dicha certeza, apoyar sus decisiones, máxime en cuanto de las mismas dependía la prosperidad de la PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA PRIMERA y, por tanto, requerían contar, por expreso mandato legal, de las pruebas que acreditaran su solidez, tal como lo exige y ordena el artículo 164 del Estatuto Procesal, a cuyo tenor:

> ***"ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA.*** *Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho".*

A ello debe agregarse que, de conformidad con los dictados, igualmente imperativos y de orden público, que contiene el artículo 167 del Código General del Proceso –C.G.P.–, le correspondía a la Parte Convocada probar, en debida forma el ***"VALOR DEL DESBALANCE"*** que ella misma incluyó como elemento sustancial de su PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA PRIMERA, sin que respecto de ese elemento resulte posible predicar la condición de hecho notorio o de afirmación o negación indefinida que permitieren prescindir de su prueba para tenerlo por cierto.

Así reza el citado artículo 167 del Código General del Proceso:

> ***"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.*** *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*
>
> *"No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en*

virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

"Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

"Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Así las cosas y por las razones que aquí dejo consignadas, reafirmo que en mi criterio no podía declararse la prosperidad de la mencionada PRETENSIÓN VIGÉSIMA PRIMERA, ni siquiera en forma parcial, en cuanto en el proceso no se probó, a través de cualesquiera de los medios de acreditación que contempla y autoriza la ley, el referido ***"VALOR DEL DESBALANCE"*** sin el cual resulta imposible determinar si *"… el cuarto (4) mecanismo de compensación regulado en el numeral 3.4(i)-(ii) de la Parte General del Contrato de Concesión 002 de 2015 resulta insuficiente para compensar el valor del desbalance entre los ingresos por peaje que se habrían obtenido comparados con aquellos que la Concesionaria está embolsando y embolsará en el futuro …",* tal como expresamente se pidió en la Demanda, lo cual no quiere decir, de ninguna manera, que a mi juicio la única forma de probar ese ***"VALOR DEL DESBALANCE"*** a la cual habría podido acudir la Convocante tuviere que ser aquella establecida en la Cláusula 3.4 (i) (ii) del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, puesto que igual estimo que para ese propósito el extremo activo de la litis contaba con la amplia libertad probatoria que en su favor consagran las normas legales vigentes.

Ahora bien, en la medida en que, según lo aquí expuesto, de ninguna manera podía prosperar la PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA TERCERA, igual estimo que han debido negarse entonces las demás PRETENSIONES DECLARATIVAS VIGÉSIMA SEGUNDA, VIGÉSIMA TERCERA y VIGÉSIMA CUARTA, al igual que las PRETENSIONES DE CONDENA, puesto que las mismas fueron formuladas como **consecuenciales de aquella:**

En efecto, así reza textualmente la PRETENSIÓN DECLARATIVA DÉCIMA SEGUNDA:

"VIGÉSIMA SEGUNDA.- *Se declare que como consecuencia del despacho favorable de las pretensiones Décima Octava, Décima Novena, Vigésima y Vigésima Primera anteriores se ha de proceder a la aplicación del mecanismo identificado bajo el número (5) que a su letra dice:*
"(5)- De no ser posible compensar la diferencia en el Recaudo de Peaje prevista en la Sección 3.4(h)(iv) anterior, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato de que trata la Sección 17.2(b)(iii), que daría lugar a la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de esta Parte General, sin perjuicio de los mecanismos adicionales que proponga la ANI y acepte el Concesionario

> *tendientes a evitar la Terminación Anticipada de que trata el presente numeral".* (Se han agregado las subrayas).

A su turno, la PRETENSIÓN DECLARATIVA DÉCIMA TERCERA se formuló como consecuencial de la PRETENSIÓN DECLARATIVA DÉCIMA SEGUNDA la cual, por lo antes explicado, a mi juicio no podía prosperar, por tanto también ha debido negarse aquella cuyo texto dice:

> ***"VIGÉSIMA TERCERA.-*** *Se declare la Terminación Anticipada del Contrato 002 de 2015, como consecuencia de la procedencia del mecanismo (5) de compensación".*

La misma conclusión cabe predicar respecto de la PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA CUARTA, comoquiera que la misma se pidió en condición de **consecuencial** de la PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA TERCERA que a la vez fue formulada, como ya se vio, en calidad de **consecuencial** de la PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA SEGUNDA cuya prosperidad, según quedó expuesta, no podía abrirse paso por haber sido elevada en calidad de **consecuencial** de la PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA PRIMERA:

> ***"VIGÉSIMA CUARTA.-*** *Como derivación del despacho favorable de la pretensión anterior, se ordene la aplicación de la fórmula de liquidación de que trata la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato".* (Se ha subrayado).

Por su parte, la PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA fue formulada como **consecuencial,** naturaleza apenas obvia, de las PRETENSIONES DECLARATIVAS, por lo cual la denegación que a mi juicio debió pronunciarse respecto de las PRETENSIONES DECLARATIVAS VIGÉSIMA PRIMERA, VIGÉSIMA SEGUNDA, VIGÉSIMA TERCERA y VIGÉSIMA CUARTA, ha debido imprimirle la misma suerte a dicha PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA, cuyo texto dice:

> ***"PRIMERA.-*** *Se disponga que como corolario del despacho favorable de las* ***PRETENSIONES DECLARATIVAS*** *suplicadas; y, en particular de la pretensión declarativa* ***VIGÉSIMA CUARTA*** *la Convocada deberá pagar a la Convocante el valor resultante de la aplicación de lo dispuesto en la Sección 18.3(f) de la Parte General del Contrato 002 de 2015".* (Se ha subrayado).

Idéntica anotación cabe realizar en relación con la PRETESIÓN SEGUNDA DE CONDENA, puesto que la misma se formuló como una adición de la PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA, así:

> ***"SEGUNDA.-*** *Que en añadidura de la pretensión anterior se disponga que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA S.A. deberán iniciar y culminar el proceso de reversión de la infraestructura concesionada bajo el Contrato 002 de 2015; observando para el efecto*

> *los términos y condiciones que regula la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo IX Sección 9.7, en el plazo máximo que señalen Sus Señorías contado a partir de la fecha en que adquiera firmeza el Laudo que se profiera como cierre de este Arbitraje".*
> (Se deja subrayado).

En esa línea de razonamiento, han debido negarse entonces igualmente las PRETENSIONES TERCERA[60] y CUARTA DE CONDENA, puesto que a través de las mismas se perseguía que se le ordenara a la Entidad Convocada *"… iniciar y culminar el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 002 de 2015",* actuación que exige como presupuesto indispensable la TERMINACIÓN previa del mismo a la cual apuntaba la PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA TERCERA antes comentada y respecto de la cual, por lo aquí expuesto, estimo que ha debido denegarse, cuestión que obligaba entonces a tomar la misma decisión en relación con la mencionada PRETENSIÓN TERCERA DE CONDENA.

Y por lo que corresponde a la PRETENSIÓN CUARTA[61] DE CONDENA, encaminada a obtener que a la Parte Convocada se la condenase al pago de las costas, baste decir que por sabido se tiene que, por regla general, la prosperidad de esa clase de pedimentos se encuentra supeditada a la estimación de las otras pretensiones de la demanda.

2.- LOS EFECTOS DIFERIDOS EN EL TIEMPO RESPECTO DE LA DECISIÓN DE DISPONER LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 002 DE 2015

Tal como se indicó anteriormente, por razón del Principio de Congruencia, expresamente consagrado en el ya transcrito artículo 281 del Código General del Proceso –C.G.P.–, la competencia del juez se encuentra limitada tanto por las pretensiones como por las correspondientes excepciones que se formulen y se propongan dentro del proceso, lo cual en materia arbitral, a mi juicio, cobra mayor significado en cuanto esas limitaciones no pueden escindirse de la cláusula compromisoria con la cual las Partes habilitan a los árbitros para conocer transitoriamente de sus diferencias, con lo cual dan cumplimiento a la exigencia constitucional establecida en el artículo 116 de la Carta Política, cláusula compromisoria a la cual estimo que se deben entender incorporadas de alguna manera tanto las pretensiones como las excepciones, puesto que sólo el examen conjunto de la primera (cláusula compromisoria) y de las segundas (pretensiones y excepciones) permite establecer entonces cuál es realmente y en su verdadera extensión la competencia del Tribunal de Arbitramento.

---

[60] ***"TERCERA.-*** *Que a la par se disponga que la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y APP GICA deberán iniciar y culminar el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 002 de 2015; observando para el efecto los términos y condiciones que la Parte General del identificado Contrato de Concesión en su Capítulo XVIII, en el plazo máximo que señalen Sus Señorías, contado a partir de la fecha en que adquiera firmeza el Laudo que se profiera como cierre de este Arbitraje".*

[61] ***"CUARTA.-*** *Que se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– a cubrir en favor de APP GICA las costas del proceso y las correspondientes agencias en derecho".*

Pues bien, al efectuar en el presente caso el examen detallado, cuidadoso y pormenorizado tanto de la mencionada cláusula compromisoria que convinieron conjuntamente las Partes, como de las pretensiones que a través de su Demanda subsanada formuló la Convocante y de las excepciones que en su defensa propuso la Convocada, a pesar de la razonabilidad en la cual se soporta la decisión y que en su apoyo invoca la mayoría del Tribunal, lo cierto es que al disponer la terminación del Contrato de Concesión No. 002 de 2015 se determinó también, aunque no se hubiere hecho explícito, que los efectos de esa decisión quedaron diferidos en el tiempo por un plazo de cuatro (4) meses durante el cual las Partes, según el exhorto que les hace el propio Laudo, *"… puedan acordar los mecanismos contractuales adicionales tendientes a evitar la terminación anticipada …",* por manera que únicamente ante la falta de acuerdo entre las Partes respecto de la adopción de tales *"… mecanismos contractuales adicionales tendientes a evitar la terminación anticipada …",* se producirá entonces la terminación del Contrato.

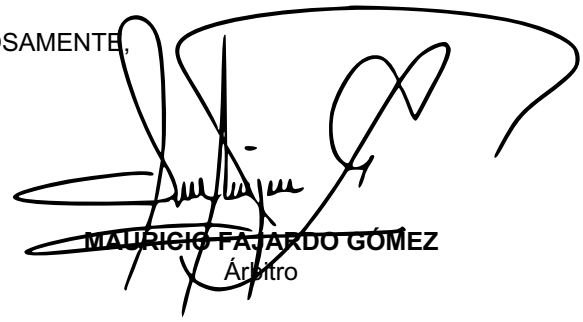
En ese sentido, se tiene también que si dentro del plazo señalado de los cuatro (4) meses siguientes, las Partes logran *"… acordar los mecanismos contractuales adicionales tendientes a evitar la terminación anticipada …",* no se producirán jamás los efectos derivados de la decisión del Laudo por cuya virtud se dispone la terminación del aludido Contrato y, consiguientemente, tampoco podrán generarse nunca los efectos de las decisiones adoptadas al resolver tanto al PRETENSIÓN DECLARATIVA VIGÉSIMA TERCERA, referida a la fórmula de liquidación que deberá aplicarse al realizar la liquidación del Contrato, como las PRETENSIONES DE CONDENA PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA, puesto que todas ellas dicen relación con la elaboración de la LIQUIDACIÓN del Contrato o la REVERSIÓN de la infraestructura concesionada, figuras estas que únicamente podrían tener lugar y llevarse a la práctica en cuanto previamente operen los efectos de la TERMINACIÓN de ese mismo Contrato.

Al respecto debo reiterar que, en mi opinión, el Tribunal no contaba con competencia para diferir en el tiempo la producción de los efectos de sus decisiones y, por esa vía, dejar a consideración y voluntad de las Partes la posibilidad de llegar a acuerdos o negociaciones con posterioridad a su expedición, con los cuales pudieren darle continuidad al Contrato respecto del cual se ha dispuesto su terminación.

En los anteriores términos dejo expuestas entonces las razones que me llevaron a apartarme del Laudo proferido dentro del proceso arbitral que promovió **APP GICA S.A.** contra la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–** en relación con las diferencias que surgieron entre esas Partes con ocasión y/o por causa de la ejecución del Contrato de Concesión No. 002 de 2015, ello sin perjuicio de reafirmar mis sentimientos de respeto, de aprecio y de alta consideración para con los señores Árbitros que conformaron la mayoría en este caso y naturalmente también para con el señor Secretario del Tribunal, al tiempo que les expreso a todos ellos mi gratitud por la calidad del trabajo que pudimos adelantar conjuntamente, por los aportes que generosamente realizaron para la culminación de tan importante y exigente tarea, así como por la forma en que me enriquecieron con sus apreciaciones, consideraciones y puntos de vista.

Igual extiendo mi reconocimiento a los señores Apoderados de las Partes y a la señora Agente del Ministerio Público, quienes con su dedicación, su profesionalismo y su comportamiento ejemplar durante el curso del proceso permitieron y facilitaron de manera importante el cumplimiento de las responsabilidades del Tribunal de Arbitramento y, en particular, del suscrito en mi condición de Árbitro.

MUY RESPETUOSAMENTE,



MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Árbitro