

## TRIBUNAL DE ARBITRAJE

### CONCESIONARIA SAN RAFAEL S. A. contra LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

#### LAUDO

Bogotá, D. C. catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Cumplido el trámite del proceso de la referencia en el término previsto por la ley, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros **ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ**, Presidente, **FERNANDO PABÓN SANTANDER** y **WILLIAM E. BARRERA MUÑOZ**, con la Secretaría de **EDITH C. CEDIEL CHARRIS**, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre la **CONCESIONARIA SAN RAFAEL S. A.** -parte Convocante-, en adelante **CSR**, El Concesionario o la Convocante o Convocada en reconvención, y **LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, -parte Convocada-, en adelante ANI o la Convocada o Convocante en reconvención.

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

#### PRIMERA PARTE. - ANTECEDENTES

##### A. ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRÁMITE

###### I. Las partes y sus apoderados

La **Convocante** es **CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.**, sociedad de naturaleza comercial, identificada con NIT 900.164.310-7, con domicilio principal en Bogotá D.C., constituida por Escritura Pública No. 1479 del 23 de julio del 2007, otorgada en la Notaría 10ª de Bogotá D.C., identificada con el NIT 900.164310-7, representada legalmente por su gerente, ingeniero Jaime Ezequiel Romero Bertel, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.263.394, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.

**CSR** ostenta la calidad de contratista en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007. Compareció a este proceso, a través de su representante y su apoderado en la actuación judicial fue el abogado José Ignacio Leiva González.

La **Convocada** es la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**, anteriormente INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO-, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial del sector descentralizado del Orden Nacional, adscrita al Ministerio de Transporte, según lo dispuesto por el Decreto 4165 de noviembre 3 de 2011, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C.,

Compareció a este proceso, a través de su presidente, doctor Manuel Felipe Gutiérrez Torres, quien confirió poder al abogado Ramiro Parra Rodríguez, quien sustituyó el poder en el Dr. Germán Eduardo Parra Rincón

De acuerdo con lo anterior, está acreditado en el presente trámite, la existencia y representación legal de las partes y, de igual modo, que han actuado por conducto de sus apoderados debidamente reconocidos en el proceso.

## **II. El pacto arbitral**

El presente proceso se originó en la demanda presentada por Concesionaria San Rafael el 21 de mayo de 2021, subsanada el 12 de agosto de 2021, admitida mediante Auto No 3 del 25 de agosto de 2021 y, posteriormente reformada, el 30 de noviembre de 2021, encaminada a dirimir las controversias suscitadas entre las partes con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 (en adelante, el Contrato) cuyo objeto es ejecutar *“por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial “GIRARDOT-IBAGUÉ-CAJAMARCA”.*

El trámite aplicado al proceso tuvo su origen en el pacto arbitral acordado entre las partes bajo la modalidad de cláusula compromisoria, que obra en la cláusula 57 del mencionado Contrato de Concesión, tal como fue modificada en el Otrosí No 8 del 7 de julio de 2014, que textualmente dispone:

### **“CLAUSULA 57 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

*Lo establecido en el presente capítulo no obsta para que las partes puedan resolver directamente toda controversia conciliable entre ellas, surgida con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución, terminación y liquidación del Contrato.*

(...)

#### **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 el artículo 14 de la Ley 1562 de 2013, o*

las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen.

(b) También serán de su conocimiento de la justicia arbitral las decisiones definitivas adoptadas por el Amigable Composedor regulado en aparte anterior de esta cláusula; en los específicos casos en los que cabría su eventual anulación o rescisión, que identifica el Código Civil Colombiano.

(c) Las partes convienen que el Centro de Arbitraje y Conciliación realizará las funciones delegadas por las Partes respecto de sorteos y recusaciones de los Árbitros designados y que servirá de sede del arbitramento será el Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

(d) El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros los cuales serán designados de común acuerdo por las Partes. Para ello las partes elaborarán las listas de candidatos con idoneidad en el objeto y las características del contrato, según lo señalado en el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013. En caso de no llegarse a un acuerdo en la designación de los árbitros el Centro de Arbitraje y designará a los árbitros por sorteo de acuerdo con su reglamento.

(e) Los árbitros decidirán en derecho.

(f) Los honorarios de los árbitros se limitarán según el valor de las pretensiones, conforme se establece en la tabla incluida a continuación, según el Decreto 1829 de 2013, por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012, o de las normas que los modifiquen o deroguen, y en todo caso no superarán un máximo de QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (500 SMLMV) para el momento de fijación de sus honorarios.

CUANTÍA DE LA CONTROVERSIA (Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes SMLMV)	HONORARIOS MÁXIMOS POR ÁRBITRO
Indeterminada	Máximo 82 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV)
Entre 10 e igual a 176	3.25% de la cuantía
Más de 176 e igual a 529	2.25 de la cuantía
Más de 529 e igual a 882	2% de la cuantía
Mas de 882 e igual a 1724	1.75% de la cuantía
Mayor a 1764	1.5% de la cuantía

(g) El 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 el

*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 quien al momento de la asignación 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 el artículo 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 informaré a los árbitros designados”.*

El Tribunal observa, de una parte, que la cláusula compromisoria transcrita reúne los requisitos de existencia y validez exigidos por la ley y, de otra, que las diferencias sometidas por las partes a decisión en este trámite, surgidas con ocasión de la celebración del Contrato de Concesión mencionado, no involucran ni versan sobre la existencia y validez del pacto arbitral transcrito y, advierte, que no hay causal de ineficacia, invalidez o nulidad del referido pacto arbitral.

### **III. El Tribunal Arbitral. Conformación y trámite preliminar**

1. El 21 de mayo de 2021, la parte Convocante, mediante la presentación de la Demanda respectiva, por conducto de apoderado, solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitraje ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>1</sup>.
2. El 9 de julio de 2021, las partes designaron de común acuerdo a los doctores Alfonso Gómez Méndez, Fernando Pabón Santander y William Eduardo Barrera Muñoz, como los árbitros que integrarían el Tribunal de Arbitraje que habría de dirimir las diferencias surgidas entre ellas, con ocasión del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, quienes cumplieron, dentro del término previsto en la ley, con el deber de información, sin manifestación alguna de las partes,<sup>2</sup>. Notificadas las designaciones éstas fueron aceptadas.<sup>3</sup>
3. Designados los árbitros, en audiencia que consta en el Acta No.1 celebrada el 5 de agosto de 2021, se escogió como Presidente al Dr. Gómez Méndez y, mediante Auto No. 1, se declaró, entre otras, legalmente instalado el Tribunal, se designó

---

<sup>1</sup> Documento No. 6 que obra en el Cuaderno Principal No. 1. Carpeta “Documentos virtuales radicación demanda”, del expediente virtual.

<sup>2</sup> Pág. 30 del Documento No. 5 “Continuación Etapa 1. Designación árbitros”, que obra en el Cuaderno Principal No. 1. Carpeta “Documentos virtuales instalación”, del expediente virtual.

<sup>3</sup> Págs. 7 a 22 del Documento No. 7 “Etapa 02. Notificaciones Árbitros Final”, que obran en el Cuaderno Principal No. 1, Carpeta “Documentos virtuales instalación”

como secretaria a la abogada Sandra Rodríguez Mora, se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se reconoció personería al apoderado judicial de la parte Convocante y al representante judicial para asuntos judiciales de la parte Convocada<sup>4</sup>. En esa misma audiencia, el Tribunal mediante Auto No. 2 inadmitió la demanda y ordenó su subsanación en el término de ley.

4. Una vez notificada la doctora Rodríguez Mora de la referida designación aceptó la misma, mediante comunicación de fecha 9 de agosto de 2021<sup>5</sup>, oportunidad en la que cumplió con el deber de información y lo puso en conocimiento del Tribunal y de las partes y demás intervinientes, quienes no efectuaron ningún tipo de manifestación.
5. El 10 de agosto de 2021, el Doctor Alfonso Gómez Méndez dio un nuevo alcance al deber de información<sup>6</sup>. El apoderado de la parte Convocante guardó silencio y el de la Convocada manifestó no tener ninguna observación (acta 2).
6. El 12 de agosto de 2021, la parte Convocante presentó escrito de subsanación de la demanda<sup>7</sup>, la que fue admitida mediante Auto No 3 de fecha 25 de agosto de 2021 (acta 2), disponiendo el traslado de la misma, previa notificación personal del respectivo proveído a la Convocada y al Ministerio Público, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 2080 de 2021 y la remisión de la providencia y de copia de la demanda y de sus anexos a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En esa misma audiencia, y previo a la admisión de la demanda subsanada, la secretaria, ante la falta de manifestación de las partes en el término de ley, tomó posesión del cargo, tal y como costa en el Acta No 2<sup>8</sup>. Asimismo, el árbitro, Dr. Fernando Pabón Santander, realizó un nuevo alcance al deber de información, sin manifestación alguna de las partes.

7. La secretaria remitió a los buzones electrónicos de la parte Convocada, del agente del Ministerio Público y de la Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado, las notificaciones personales del Auto No. 3, admisorio de la demanda.

---

<sup>4</sup> Págs. 1 a 4 del Documentos No. 11 “Acta de Instalación” que obran en el Cuaderno Principal No. 1. Carpeta “Documentos virtuales instalación”.

<sup>5</sup> Documento No. 12 “etapa 04. Post Instalación” y Documento 13 “Aceptación secretaria” que obra en el Cuaderno Principal No. 1. Carpeta “02 Principal No. 1. Documentos virtuales instalación” del expediente virtual.

<sup>6</sup> Documento No. 14 “Alcance del deber de información” que obra en el Cuaderno Principal No. 1. Carpeta “02 Principal No. 1. Documentos virtuales instalación”, del expediente virtual.

<sup>7</sup> Págs. 1 a 151 del Documento 15 “Subsanación de la demanda”, que obra en el Cuaderno Principal No. 1. Carpeta “02 Principal No. 1. Documentos virtuales instalación”, del expediente virtual

<sup>8</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. “03 Principal Actas” del expediente Virtual.

8. El 24 de septiembre de 2021, dentro del término legal, la entidad Convocada – ANI, contestó la Demanda, en la que aceptó unos hechos y negó otros, se opuso a las Pretensiones, objetó el Juramento Estimatorio y formuló Excepciones. De igual manera radicó demanda de reconvenición, con sus respectivos anexos<sup>9</sup>.
9. El 29 de septiembre de 2021, se recibió correo del Procurador Judicial II, Procuraduría 3 judicial II de Conciliación Administrativa en la que informó sobre su asignación como procurador delegado en el presente trámite arbitral.
10. El 30 de septiembre de 2021, el Tribunal profirió Auto No.4 (acta 3) en el que reconoció personería al apoderado judicial de la ANI y resolvió, entre otras, tener por contestada la demanda y admitir la demanda de reconvenición radicada por la ANI, disponiendo correr el traslado **CSR**, por el término de ley<sup>10</sup>.
11. En Auto No 5 del 5 de octubre de 2021 (acta 4)<sup>11</sup>, el Tribunal concedió a la **ANI**, un término de 60 días para aportar el dictamen pericial de parte anunciado en la demanda de reconvenición.
12. El 22 de octubre de 2021, el árbitro, Dr. William Barrera hizo una nueva revelación y dio un nuevo alcance al deber de información, sin manifestación alguna de las partes.
13. El 4 de noviembre de 2021, **CSR** contestó la demanda de reconvenición, escrito en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, se refirió a los hechos, formuló excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio. En dicho escrito, además, **CSR** anunció la aportación de un dictamen pericial de parte y solicitó conceder un plazo de 90 días para ese propósito<sup>12</sup>.
14. El 16 de noviembre de 2021, el Tribunal mediante Auto No 6 dispuso, entre otras:
  - i) tener por contestada la demanda de reconvenición; ii) con fundamento en el artículo 371 del C.G.P, dar traslado simultáneo por el término de 5 días, de las mutuas excepciones propuestas por las partes en la contestación de la demanda y en la contestación de la demanda de reconvenición; iii) dar traslado de las objeciones formuladas en las respectivas contestaciones contra los Juramentos Estimatorios contenidos en la Demanda y en la Demanda de reconvenición; iv) Conceder a **CSR** hasta el 4 de febrero de 2022 para aportar el dictamen de parte y; v) fijar para el 30 de noviembre de 2021, la Audiencia de Conciliación<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "05 Principal. Documentos aportados por la Convocada", subcarpeta "01. De sept.24 de 2021", del expediente Virtual.

<sup>10</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "03 Principal Actas" del expediente Virtual.

<sup>11</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "03 Principal Actas" del expediente Virtual.

<sup>12</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "04 Principal. Documentos aportados por la Convocante", subcarpeta "03- noviembre 4 de 2021" del expediente Virtual.

<sup>13</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "03 Principal Actas" del expediente Virtual.

15. El 30 de noviembre de 2021, antes de iniciar la Audiencia de Conciliación, el apoderado de **CSR** presentó Reforma Integrada de la Demanda y el apoderado de la **ANI** Reforma de la Demanda de Reconvención, razones por las que no se llevó a cabo la audiencia de conciliación en dicha oportunidad<sup>14</sup>.
16. Mediante Auto No 7 del 7 de diciembre de 2021 (acta 6)<sup>15</sup>, el Tribunal decidió admitir la demanda reformada presentada por **CSR** y correr traslado de esta a la **ANI**, por el término de 10 días. De igual manera, en la misma fecha, resolvió mediante Auto No 8, admitir la demanda de reconvención reformada presentada por la **ANI** y correr traslado a **CSR**, por el término de 10 días, así como conceder a la **ANI**, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 277 del C.G.P, un plazo hasta el 7 de febrero de 2022, para que presente los dictámenes de parte anunciados en la Demanda de Reconvención.
17. El 9 de diciembre de 2021, la Convocada solicitó la suspensión del proceso entre el 13 de diciembre de 2021 y el 18 de enero de 2022, la que fue coadyuvada por la Convocada y decretada por el Tribunal mediante Auto No 9 del 10 de diciembre de 2021 (acta 7)<sup>16</sup>.
18. El 2 de febrero de 2022, la parte Convocada, **ANI**, contestó la Reforma integrada de la Demanda mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de las Pretensiones, formuló Excepciones y objetó el Juramento Estimatorio<sup>17</sup>. Al día siguiente, 3 de febrero de 2022, **CSR** contestó la demanda de reconvención reformada, escrito en el que, igualmente, se opuso a la prosperidad de las Pretensiones, formuló Excepciones y objetó el Juramento Estimatorio y el 4 de febrero de 2022, a **ANI** solicitó ampliación del plazo otorgado para la presentación de los dictámenes (acta 8)<sup>18</sup>.
19. Mediante Auto No. 10 del 7 de febrero de 2022, el Tribunal tuvo por contestadas tanto la Reforma de la Demanda presentada por la **ANI**, como la de la demanda de reconvención reformada presentada por **CSR** y, como consecuencia de lo anterior, ordenó correr el traslado simultáneo de las Excepciones formuladas en las respectivas contestaciones, así como de las objeciones presentadas contra los Juramentos Estimatorios formulados por la **ANI** en la Contestación de la Reforma Integrada de la Demanda y por **CSR**, en la contestación de la demanda de reconvención.

---

<sup>14</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "04 Principal. Documentos aportados por la Convocante", subcarpeta "05 noviembre 30 de 2021" del expediente Virtual.

<sup>15</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "03 Principal Actas" del expediente Virtual.

<sup>16</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "03 Principal Actas" del expediente Virtual.

<sup>17</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "05. Principal. Documentos aportados por la Convocada" subcarpeta "06. febrero 2 de 2022" del expediente Virtual.

<sup>18</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "03 Principal Actas" del expediente Virtual.

Asimismo, en esa providencia el Tribunal resolvió: i) conceder a **CSR** hasta el 18 de abril de 2022, para presentar el dictamen técnico de parte y hasta el 18 de marzo de 2022 para entregar el dictamen financiero de parte, respectivamente, ambos anunciados en la contestación de la demanda de reconvención reformada y, ii) fijar como nueva fecha para llevar a cabo la Audiencia de Conciliación el 21 de febrero de 2021<sup>19</sup> (acta 8). Ambas partes, dentro de la oportunidad legal respectiva, recorrieron los traslados de las excepciones y de las objeciones a los juramentos estimatorios formulados en la contestación de la demanda reformada y en la contestación de la demanda de reconvención reformada (acta 9).

20. En la fecha programada por el Tribunal, 21 de febrero de 2022, se llevó a cabo, en los términos dispuestos en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, la audiencia de conciliación, la que se declaró fracasada y terminada mediante el Auto No. 11 (Acta 9)<sup>20</sup>. Concluida la Conciliación, el Tribunal procedió a efectuar el control de legalidad de que trata el artículo 132 del Código General del Proceso, oportunidad en la que el Tribunal manifestó que no existen vicios que configuren nulidades u otras irregularidades y, en tal virtud, ordenó continuar con el trámite arbitral. Los apoderados de las partes manifestaron su conformidad con la decisión del Tribunal.
21. A continuación, el Tribunal procedió a fijar, mediante Auto No. 12, los honorarios de los árbitros y de la secretaria, los gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Conciliación, la partida de gastos y expensas del proceso y la fecha para adelantar la Primera Audiencia de Trámite (23 de marzo de 2022).
22. Las sumas decretadas y que correspondía consignar a ambas partes (50%), fueron pagadas por ambas partes, dentro de las oportunidades legales, circunstancia que fue informada en la audiencia realizada el 23 de marzo de 2022, fecha en la que el Tribunal procedió a realizar la Primera Audiencia de Trámite, en la que se declaró competente y decretó pruebas (acta 10)<sup>21</sup>.
23. El 7 de abril de 2022, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en adelante **ANDJE** manifestó su interés en intervenir en el presente trámite, cuestión que implicó la suspensión del trámite por 30 días hábiles. El escrito de intervención fue radicado el 23 de mayo de 2021<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "03 Principal Actas" del expediente Virtual.

<sup>20</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "03 Principal Actas" del expediente Virtual

<sup>21</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "03 Principal Actas" del expediente Virtual

<sup>22</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. "03 Principal Actas" del expediente Virtual

24. El 2 de agosto de 2022, estando en etapa probatoria, la secretaria designada presentó su renuncia, razón por la que el Tribunal en Auto No. 32<sup>23</sup>, aceptó la misma y designó como secretaria a la abogada Edith Constanza Cediél Charris. Al día siguiente (3 de agosto de 2022), en audiencia celebrada con presencia de las partes y demás intervinientes, la Dra. Cediél aceptó su designación y ejerció el deber de información en los términos dispuestos en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012. Las partes no presentaron reparos a esta designación y de manera expresa renunciaron al término dispuesto en la ley para presentar dudas justificadas frente a su imparcialidad, razón por la que el Tribunal procedió, acto seguido, a posesionarla y tomarle el juramento de rigor, entrando a ejercer funciones en esa misma fecha y audiencia.

#### **IV. Síntesis de las cuestiones objeto de controversia.**

##### **1. La Demanda reformada y sus Pretensiones**

La Convocante, **CSR**, en su escrito de Reforma de la demanda inicial presentada el 30 de noviembre de 2021, que reemplazó en su integridad la demanda radicada el 21 de mayo de 2021 y subsanada el 12 de agosto de 2021, solicitó en el acápite 2. de las “PRETENSIONES”, efectuar las siguientes declaraciones y condenas.

##### **2.1. “PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL ROMPIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO**

###### **2.1.1 DECLARATIVAS:**

Primera: Que se declare que entre la **ANI**, como concedente, y la Concesionaria San Rafael S.A., como Concesionario, se celebró el Contrato de Concesión No. 007 de 13 de agosto de 2007 el cual tiene por objeto realizar “por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial “GIRARDOT -IBAGUÉ - CAJAMARCA” (en adelante el “Contrato de Concesión”).

Segunda: Que se declare que el Contrato de Concesión es un contrato estatal en los términos de la Ley 80 de 1993 y las normas que la han modificado y complementado.

Tercera: Que se declare que el Concesionario tiene 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 de Concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 numeral 1 de la Ley 80 de 1993.

Cuarta: Que se declare que, con ocasión de la suscripción del Otrosí No. 15 al Contrato de Concesión el 5 de abril de 2021, la ANI y el Concesionario reconocieron y aceptaron que la emergencia sanitaria ocasionada como consecuencia de la pandemia del Coronavirus COVID 19, constituye un hecho imprevisible y exógeno a la actividad de las partes contratantes que ha alterado la

---

<sup>23</sup> Cuaderno Principal No 1, carpeta No. “03 Principal Actas” del expediente Virtual

*ecuación contractual por cuenta de la disminución de tráfico sufrida por el proyecto concesionado.*

Quinta. *Que se declare que la disminución de tráfico sufrida por el proyecto concesionado por cuenta de la pandemia del Coronavirus COVID 19 ha continuado después del 31 de agosto de 2020, lo cual ha generado una alteración de la ecuación económica del Contrato de Concesión.*

Sexta: *Que se declare que, mediante comunicaciones GIC-BG-2020-0507 del 14 de abril de 2020, GIC-BG-2020-0557 del 4 de mayo de 2020 y otras que se relacionan en los hechos de la demanda, el Concesionario, en los términos del numeral 1, inciso 2, del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, efectuó solicitud a la ANI para que procediera de inmediato a restablecer la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada por la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19.*

Séptima: *Que se declare que, en los términos de la Ley 80 de 1993 y las normas que la han modificado y complementado, el Concesionario no está obligado a soportar los efectos en la disminución del tráfico en el proyecto concesionado que se han presentado a partir del 1 de septiembre de 2020 como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19.*

Octava: *Que se declare que la ANI tiene la obligación de restablecer al Concesionario la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada como consecuencia de la disminución del tráfico en el proyecto concesionado a partir del 1 de septiembre de 2020 ocurrida por la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19.*

Novena: *Que se declare que la ANI no ha restablecido al Concesionario la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada a partir del 1 de septiembre de 2020 por la disminución del tráfico como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19.*

Décima: *Que se declare que con posterioridad al día 11 de noviembre de 2014, fecha de la celebración del Otrosí No. 10 de 2014 al Contrato de Concesión, se han presentado circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario (diferentes a aquellas relacionados con la pandemia del Coronavirus COVID 19), descritas en los hechos de la demanda, que han alterado la ecuación económica del Contrato de Concesión por cuenta de la disminución de tráfico e ingresos sufrida por el proyecto concesionado.*

Décima Primera: *Que se declare que, mediante comunicaciones GIC-BG-2020-0507 del 14 de abril de 2020 y GIC-BG-2021-1042 del 28 de junio de 2021, el Concesionario, en los términos del numeral 1, inciso 2, del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, efectuó solicitud a la ANI para que procediera de inmediato a restablecer la ecuación económica del Contrato de Concesión ocasionada por circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario (diferentes a aquellas relacionados con la pandemia del Coronavirus COVID 19), descritas en los hechos de la demanda.*

Décima Segunda: *Que se declare que, en los términos de la Ley 80 de 1993 y las normas que la han modificado y complementado, el Concesionario no está obligado a soportar los efectos desfavorables que han alterado la ecuación económica del mismo, representados en la disminución de tráfico e ingresos del proyecto concesionado que se ha presentado con ocasión de circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario, descritas en los hechos de la demanda.*

Décima Tercera: Que se declare que la ANI tiene la obligación de restablecer al Concesionario la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada como consecuencia de la disminución del tráfico en el proyecto concesionado con posterioridad al 11 de noviembre de 2014 ocurrida con ocasión de circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario (diferentes a aquellas relacionados con la pandemia del Coronavirus COVID 19), descritas en los hechos de la demanda.

Décima Cuarta: Que se declare que la ANI no ha restablecido al Concesionario la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada con posterioridad al 11 de noviembre de 2014 por la disminución del tráfico con ocasión de circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario (diferentes a aquellas relacionados con la pandemia del Coronavirus COVID 19), descritas en los hechos de la demanda.

Décima Quinta: Que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las Pretensiones anteriores, y, particularmente, en aquellas contenidas en las Pretensiones Novena y Décima Cuarta, se declare que la ANI ha incumplido el Contrato de Concesión y debe, en consecuencia, indemnizar los perjuicios causados.

Décima Sexta: Que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las Pretensiones anteriores, y, particularmente, en aquellas contenidas en las Pretensiones Cuarta, Quinta y Décima, se declare que el Concesionario no recibió oportunamente la remuneración pactada y se alteró y modificó en su contra el valor intrínseco de la misma.

Décima Séptima: Que se declare que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las Pretensiones anteriores y, particularmente, en aquellas contenidas en las Pretensiones Cuarta, Quinta, Décima y Décima Sexta, el Concesionario no podrá recibir el “Ingreso Esperado” (tal como este término se define en el Contrato de Concesión) en el plazo previsto contractualmente para tal fin.

#### **2.1.2 DE CONDENAS:**

Décima Octava: Que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las Pretensiones anteriores y, particularmente, en aquellas contenidas en las Pretensiones Octava y Novena se condene a la ANI restablecer la ecuación económica del Contrato de Concesión y, para tal efecto, se le ordene el reconocimiento y pago al Concesionario de los impactos en la disminución del tráfico y los ingresos por cuenta de la pandemia del Coronavirus COVID 19 tasados en la suma de \$10.183.291.810 o la suma que resulte probada.

Décima Novena: Que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las Pretensiones anteriores y, particularmente, en aquellas contenidas en las Pretensiones Décima Tercera y Décima Cuarta, se condene a la ANI restablecer la ecuación económica del Contrato de Concesión y, para tal efecto, se le ordene el reconocimiento y pago al Concesionario de los impactos en la disminución del tráfico y los ingresos por cuenta de los eventos ocurridos con posterioridad al 11 de noviembre de 2014 (diferentes a aquellos relacionados con la pandemia del Coronavirus COVID 19) tasados en la suma de \$11.708.452.592 o la suma que resulte probada.

Subsidiaria a la Décima Octava y Décimo Novena: Que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las Pretensiones anteriores y, particularmente, en aquellas contenidas en las Pretensiones Octava, Novena, Décima Tercera y Décima Cuarta, se ordene a la ANI tomar las medidas necesarias para el restablecimiento de la ecuación económica del Contrato de Concesión, en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Vigésima: Que se condene a la ANI a pagar en favor del Concesionario intereses de mora sobre las sumas de condena desde la fecha en que se solicitó el restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato y hasta la fecha del laudo como resarcimiento de perjuicios por no haber restablecido la ecuación financiera de Contrato de Concesión de forma oportuna.

Primera Subsidiaria a la Vigésima: Que se condene a la ANI a pagar en favor del Concesionario intereses corrientes sobre las sumas de condena desde la fecha en que se solicitó el restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato de Concesión y hasta la fecha del laudo como resarcimiento de perjuicios por no haber restablecido la ecuación financiera de Contrato de Concesión de forma oportuna.

Segunda Subsidiaria a la Vigésima: Que se condene a la ANI a pagar en favor del Concesionario la corrección monetaria sobre las sumas de condena desde noviembre de 2021 y hasta la fecha del laudo.

Tercera Subsidiaria a la Vigésima: Que se condene a la ANI al pago de la actualización sobre las sumas de condena que el Tribunal considere procedente.

## **2.2 PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES CONTRACTUALES**

### **2.2.1 DECLARATIVAS:**

Vigésima Primera: Que se declare que las disminuciones de la remuneración del Concesionario previstas en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión en los casos de mora en el cumplimiento o por incumplimiento de las obligaciones allí previstas, son sanciones contractuales pecuniarias de apremio (multas) y, por lo tanto, les resultan aplicables los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

Vigésima Segunda: Que se declare la nulidad de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión por contrariar los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 relativos al debido proceso sancionatorio contractual.

Primera Subsidiaria a la Vigésima Segunda: Que se declare la nulidad del procedimiento de contradicción previsto en el numeral 26.3 del Contrato de Concesión por contrariar los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 relativos al debido proceso sancionatorio contractual.

Segunda Subsidiaria a la Vigésima Segunda: Que se declare la nulidad sobreviniente de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión, por contrariar normas imperativas y de orden público relativas al debido proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

Tercera Subsidiaria a la Vigésima Segunda: Que se declare la nulidad sobreviniente del procedimiento de contradicción previsto en el numeral 26.3 del Contrato de Concesión, por contrariar normas imperativas y de orden público relativas al Debido Proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

Vigésima Primera: Que se declare la nulidad de los actos administrativos sancionatorios relativos al supuesto incumplimiento frente al Hito No. 17 relativo a la ejecución de la Segunda Calzada, expedidos con fundamento en el numeral 26.1.12 de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión, contenido en los siguientes oficios, por contrariar normas imperativas y de orden público relativas al debido

proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011:

Oficio No.	Fecha
2020-305-004955-1	17 de febrero de 2020

Vigésima Segunda. Que se declare la nulidad de los actos administrativos sancionatorios relativos al supuesto incumplimiento frente a la ejecución de la Ciclorruta Buenos Aires — Gualanday, con fundamento en el numeral 26.1.11 de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión, contenidos en los siguientes oficios, por contrariar normas imperativas y de orden público relativas al debido proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011:

Oficio No.	Fecha
2019-305-041777-1	4 de diciembre de 2019
2021-305-013158-1	4 de mayo de 2021
2021-305-017444-1	9 de junio de 2021

Vigésima Tercera. Que se declare la nulidad de los actos administrativos sancionatorios relativos al supuesto incumplimiento por el Índice de Estado y Deflectometría del Pavimento, expedidos con fundamento en el numeral 26.1.10 de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión, contenidos en los siguientes oficios, por contrariar normas imperativas y de orden público relativas al debido proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011:

Oficio No.	Fecha
2014-306-011179-1	16 de junio de 2014
2014-306-011178-1	16 de agosto de 2014
2018-306-028762-1	31 de agosto de 2018
2019-305-004790-1	19 de febrero de 2019
2019-305-010998-1	8 de abril de 2019
2019-305-030736-1	9 de septiembre de 2019
2019-305-041768-1	4 de febrero de 2019
2020-305-005700-1	21 de febrero de 2020
2020-305-028963-1	1 de octubre de 2020
2021-305-007606-1	16 de marzo de 2021

Vigésima Cuarta: Que se declare la nulidad de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.12) frente al Hito No. 17 relativo a la ejecución de la Segunda Calzada, por no haber dado aplicación a las normas imperativas y de orden público relativas al debido proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

Primera Subsidiaria a la Vigésima Cuarta: Que, en el caso en que la imposición de la sanción prevista en la Cláusula 26 (numeral 26.1.12) frente al Hito No. 17 relativo a la ejecución de la Segunda Calzada por parte de la ANI y en contra del Concesionario se considere que es legal y procedente, se declare que la sanción es desproporcionada frente a la realidad del estado de la ejecución de la obligación y el avance de las obras.

Vigésima Quinta: Que se declare la nulidad de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.11) frente a la ejecución de la Ciclorruta Buenos Aires — Gualanday, por no haber dado

*aplicación a las normas imperativas y de orden público relativas al Debido Proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.*

*Primera Subsidiaria a la Vigésima Quinta: Que, en el caso en que la imposición de la sanción prevista en la Cláusula 26 (numeral 26.1.11) frente a la ejecución de la Ciclorruta Buenos Aires — Gualanday por parte de la ANI y en contra del Concesionario se considere que es legal y procedente, se declare que la sanción es desproporcionada frente a la realidad del estado de la ejecución de la obligación y el avance de las obras.*

*Vigésima Sexta: Que se declare que el Concesionario no adeuda suma alguna por concepto de saldo pendiente por disminuir respecto de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.11) frente a la ejecución de la Ciclorruta Buenos Aires — Gualanday.*

*Vigésima Séptima: Que se declare la nulidad de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.10) respecto del Índice de Estado de la Vía y Deflectometría del Pavimento por no haber dado aplicación a las normas imperativas y de orden público relativas al Debido Proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.*

*Vigésima Octava: Que se declare que la ANI incumplió el Contrato de Concesión por haber hecho descuentos en la remuneración del Concesionario sin tener causa o habitación legal para hacerlo y por haber vulnerado el Debido Proceso contenido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, por lo que debe indemnizar y reparar los perjuicios por el daño antijurídico causado.*

#### **2.2.2 DE CONDENAS:**

*Vigésima Novena: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario el equivalente a la totalidad de la suma de dinero descontada a título de sanción contractual frente al Hito No. 17 relativo a la ejecución de la Segunda Calzada, la cual asciende a la suma de \$7.906.349.205 con fecha de corte a 31 de octubre de 2021 o la suma que resulte probada.*

*Primera Subsidiaria a la Vigésima Novena: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario la suma de dinero que fije el Tribunal a partir de la determinación de la sanción en la proporción que estime el Tribunal.*

*Trigésima: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario el equivalente a la totalidad de la suma de dinero descontada a título de sanción contractual frente a la Ciclorruta Buenos Aires — Gualanday, la cual asciende a la suma de \$1.459.378.430 con fecha de corte a 31 de agosto de 2021 o la suma que resulte probada.*

*Primera Subsidiaria a la Trigésima: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario la suma de dinero que fije el Tribunal a partir de la determinación de la sanción en la proporción que estime el Tribunal.*

*Trigésima Primera: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario el equivalente a la totalidad de la suma de dinero descontada a título de sanción contractual respecto del Índice de Estado de la Vía y Deflectometría del*

*Pavimento, la cual asciende a la suma de \$ 19.298.395.044,50 con fecha de corte a 31 de octubre de 2021 o la suma que resulte probada.*

*Primera Subsidiaria a la Trigésima Primera: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario la suma de dinero que fije el Tribunal a partir de la determinación de la sanción en la proporción que estime el Tribunal.*

*Trigésima Segunda: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir todas las sumas que haya descontado al Concesionario con base en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión por aplicación de la disminución a la remuneración a partir del 1 de septiembre de 2021 y el 1 de noviembre de 2021, respectivamente, y hasta la fecha del Laudo.*

*Trigésima Tercera: Que sobre las sumas de condena del numeral 2.2.2. del presente acápite reconocidas por el Tribunal se condene a la ANI al pago de intereses moratorios a la tasa máxima vigente desde su fecha de causación hasta la fecha efectiva del pago.*

*Primera Subsidiaria a la Trigésima Tercera: Que sobre las sumas de condena del numeral 2.2.2. del presente acápite reconocidas por el Tribunal se condene a la ANI al pago de intereses corrientes desde su fecha de causación hasta la fecha efectiva del pago.*

*Segunda Subsidiaria a la Trigésima Tercera: Que sobre las sumas de condena del numeral 2.2.2. del presente acápite reconocidas por el Tribunal se condene a la ANI al pago de la corrección monetaria desde su fecha de causación hasta la fecha efectiva del pago.*

*Tercera Subsidiaria a la Trigésima Tercera: Que sobre las sumas de condena del numeral 2.2.2. del presente acápite reconocidas por el Tribunal se condene a la ANI al pago de la actualización que el Tribunal considere procedente.*

### **3. PRETENSIONES COMUNES A LAS PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS**

*Trigésima Cuarta: Que se ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas de condena, desde la fecha del Laudo y hasta su pago efectivo.*

*Trigésima Quinta: Que se condene a la ANI al pago de las costas, incluyendo las agencias en derecho, correspondientes al presente proceso”.*

## **2. Los Hechos y fundamentos de las Pretensiones de la Demanda**

En la demanda reformada, los hechos se contienen en las páginas 10 a 60 numerados del **1 al 165**. La Convocante los clasifica y agrupa por materias y/o reclamaciones en siete acápites atendiendo cada uno de los siete grupos de Pretensiones que precisa en su demanda.

El Tribunal prescinde en este acápite, de resumir los hechos y se limita a mencionar el rótulo y de manera general, la materia que se aduce en cada uno de ellos. Lo anterior en tanto, la síntesis de los hechos se contiene en la parte considerativa de este laudo, al analizar y decidir cada uno de los grupos de pretensiones.

## **2.1 Hechos relacionados con la celebración del Contrato de concesión: su objeto y alcance.**

En este acápite se consigan 35 hechos, numerados del **1 al 35**. En ellos la Convocante se refiere al Contrato suscrito entre las partes el 13 de agosto de 2007, cuyo objeto es la realización “*por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial “GIRARDOT -IBAGUÉ -CAJAMARCA”*”.

Asimismo, se transcriben de manera particular las cláusulas que la Convocante considera más relevantes del Contrato y sus otrosíes, destacando de manera especial, el Otrosí No. 15 del 5 de abril de 2021, en el que las partes acordaron reconocer a **CSR** una “*Compensación Económica*”, como consecuencia de la disminución del tráfico por la Emergencia Sanitaria derivada del COVID 19.

## **2.2 Hechos relacionados con la aparición de circunstancias imprevisibles y no imputables al Concesionario: la emergencia sanitaria por COVID 19.**

Bajo este acápite se consigan 4 hechos, numerados del **36 a 39**. La Convocante se refiere a: i) la situación de emergencia sanitaria, que fue decretada como consecuencia de la Pandemia derivada del COVID 19; ii) a las medidas imperativas adoptadas por el Gobierno y otras entidades estatales para atender la emergencia y, iii) el Otrosí No. 15 celebrado entre las partes, por razón del acaecimiento del COVID 19, y en el que se califica como un “*hecho imprevisible y exógeno a la actividad de las partes contratantes*” y se pactó un mecanismo para restaurar la ecuación contractual en un periodo de tiempo determinado, a fin de “*permitir que el Concesionario compense el impacto en el recaudo de las estaciones de peaje Chicoral y Gualanday*”.

Advierte la Convocante que, pese a lo anterior, los efectos derivados de la Emergencia Sanitaria por COVID 19, no han cesado y que persiste una afectación que impacta el Ingreso Esperado al que tiene derecho, debido a “*una reducción en el recaudo por concepto de Peaje*” que ha ocasionado una reducción de la remuneración del Concesionario “desde el 1 de septiembre de 2020 en adelante, afectándose “*la fuente de pago de las obligaciones del Concesionario relacionadas con el Proyecto*”.

## **2.3 Hechos relacionados con la ostensible reducción del Ingreso Esperado y la imposibilidad de alcanzarlo a la finalización del Contrato de Concesión.**

Bajo este acápite se consigan 28 hechos, numerados del **40 al 68**. La Convocante se refiere en primer lugar, a las cláusulas 14 y 17 del Contrato relativas al ingreso esperado, a la remuneración y las fuentes principales de pago y, en segundo lugar,

lista los Hechos que le han ocasionado una reducción del Ingreso Esperado e imposibilitado alcanzarlo a la finalización del Contrato de Concesión.

Alude nuevamente al Otrosí No 15 y a las medidas adoptadas por las partes con el fin llegar a un acuerdo frente a la disminución del tráfico por la Emergencia Sanitaria por COVID 19, en el periodo comprendido entre el 25 de marzo de 2020 y el 31 de agosto de 2020, y las razones por las que considera que este Otrosí, no compensó en su integridad el efecto desfavorable padecido por el Concesionario, generando una disminución ostensible y desproporcionada de los ingresos por concepto de recaudo de Peaje”, que le ha impedido alcanzar el Ingreso Esperado a la fecha pactada de terminación del Contrato de Concesión.

#### **2.4 Hechos relacionados con otras circunstancias imprevisibles y no imputables al concesionario que implicaron una reducción en el tráfico y por tanto en el recaudo de peaje.**

Este acápite se integra de 5 hechos, identificados del **69 al 73**. En ellos la Convocante se refiere a las “*otras causas y/o circunstancias externas*”, que generaron una disminución del ingreso que le han impedido obtener el Ingreso Esperado y que se relacionan con 16 situaciones ocurridas entre el 23 de febrero de 2015 y el 27 de enero de 2020, asociadas con la alteración al orden público (Paros Nacionales) y/o cierres viales, que implicaron una afectación del tráfico respecto al paso de vehículos por los peajes de Chicoral y Gualanday, los que según afirma, afectaron la ejecución del Contrato en 186 días.

#### **2.5 Hechos relacionados con la ejecución de la segunda calzada y la disminución de la remuneración mediante la imposición de una sanción contractual.**

**CSR** consigna 54 hechos numerados del **74 al 116**. Estos hechos se relacionan con los Otrosíes modificatorios 7 y, 10, en los que se contrataron las obras de los tramos 2 y 4 y se pactó un plazo de ejecución.

Asimismo, se refiere a la decisión adoptada por la **ANI** de aplicar la disminución de la remuneración del Concesionario en los términos de la Cláusula 26.1.12 del Contrato por incumplimiento el plazo pactado para la terminación de las obras de la Segunda Calzada Hito 17. Afirma que dicha sanción contractual, se impuso sin atender el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo que constituye un incumplimiento de la **ANI** y una violación del derecho fundamental del debido proceso, del principio de *venire contra factum proprium* y de las reglas de proporcionalidad y razonabilidad, esto último en tanto aduce que, pese a que las obras se encuentran construidas y en servicio desde el 8 de febrero, sin afectación, ni riesgo alguno para

los usuarios en torno a la seguridad vial, la **ANI** le continúa aplicando la totalidad de la sanción contractual correspondiente al descuento de que trata la Cláusula 26.1.12.

## **2.6 Hechos relacionados con la ejecución de la ciclorruta Buenos Aires — Gualanday. La disminución de la remuneración mediante la imposición de una sanción contractual.**

Este capítulo contiene 34 hechos numerados del **117 al 141**. En el mismo, la Convocante se refiere, entre otros, a las obras contratadas en el Contrato Adicional No. 1 y en el Otrosí No. 14, acuerdo este último en el que se sustituyó la obra contratada inicialmente, por la ciclorruta ubicada desde la Intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta el Parque de Gualanday (PR13+500 Ruta 4004), y se fijó plazo para su terminación el 10 de noviembre de 2019.

Así mismo, la Convocante se refiere y cuestiona la decisión de la **ANI** de aplicar la sanción económica contractual consistente en la disminución de la remuneración del Concesionario en los términos previstos en la cláusula 26.1.11, por la no culminación de las obras de la Ciclorruta Buenos Aires – Gualanday, en el plazo previsto. Lo anterior, en razón a que la **ANI** no atendió el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en total desconocimiento de su derecho al debido proceso.

## **2.7 Hechos relacionados con el índice de estado de la vía y la deflectometría del pavimento. la disminución de la remuneración mediante la imposición de una sanción contractual.**

En este acápite **CSR** consigna 16 hechos, numerados hechos **142 a 158**. Se refiere a las obligaciones generales del Concesionario (Cláusula 10 del Contrato), a los riesgos asumidos por la **ANI** y a las Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicio al Usuario contenidas en el numeral 6.5 del Apéndice B. Asimismo se refiere a la decisión de la **ANI** de aplicar la disminución de la remuneración del Concesionario prevista en la cláusula 26.1.10 del Contrato, por el presunto incumplimiento de “las obligaciones relativas al Índice de Estado de la Vía y la Deflectometría del Pavimento”, así como de “los plazos máximos establecidos en el Apéndice B para corregir y dar cumplimiento a los referidos índices”, sin atender el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en tal virtud indica que esa conducta constituye un incumplimiento de la **ANI** y una violación de su derecho fundamental al debido proceso.

## **2.8 Hechos relacionados con la ruptura de la ecuación contractual y los perjuicios causados al concesionario que son objeto de reclamo.**

En este acápite **CSR** agrupa 7 hechos numerados del **159 a 165**. Se refiere a la ruptura de la ecuación económica del Contrato, como consecuencia de la existencia de

situaciones extraordinarias, imprevistas, imprevisibles que no le son atribuibles, y al daño que ha generado la **ANI** con la negativa de asumir las consecuencias del desequilibrio.

Asimismo lista y cuantifica los perjuicios generados así: i) valor faltante del Ingreso Esperado (\$36.565.293.365); ii) menor ingreso por la ocurrencia de los 16 eventos relacionados con alteraciones al orden público y cierres viales (\$11.708.452.592), iii) menor ingreso por la ocurrencia de la Emergencia Sanitaria por COVID 19 y la consecuente disminución del tráfico, a partir del 1 de septiembre de 2020 y hasta el 31 de octubre de 2021 (\$10.183.291.810); iv) disminución a la remuneración en relación con las obras de la Segunda Calzada de la Variante Gualanday, (\$7.906.349.205); v). disminución a la remuneración del Concesionario en relación con las obras de la ciclorruta Buenos Aires – Gualanday, (\$1.459.378.430), vi) disminución a la remuneración en relación con el Índice de Estado y la Deflectometría del Pavimento (\$19.298.395.044,50).

### **3. La contestación de la Demanda Reformada**

El 2 de febrero de 2022, la **ANI** presentó escrito de contestación de la Demanda Reformada, en el que se pronunció sobre los hechos, se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones:

- *“3.1 El Tribunal arbitral carece de competencia, por expresa voluntad de las partes al no haberse agotado el trámite de amigable composición pactado en la cláusula 57 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007”.*
- *“3.2 La Concesionaria San Rafael pretende desconocer los riesgos asumidos con la suscripción del Contrato de Concesión No. 007 de 2007”.*
- *“3.3 La forma de remuneración pactada en el Contrato de Concesión impide el reconocimiento de las pretensiones incoadas por la Concesionaria San Rafael.*
- *“3.4 Inexistencia de hechos imprevistos e imprevisibles que afecten la ejecución y la ecuación financiera y económica del Contrato de Concesión No. 007 de 2007: Los eventos descritos por la Convocante como desequilibrantes no pueden entenderse como hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor”.*
- *“3.5 Venire contra Factum non valet: la Concesionaria San Rafael pretende desconocer la buena fe contractual con la suscripción del otrosí No. 10 y reafirmada en el Otrosí No. 15”.*
- *“3.6 De la inexistencia de desequilibrio económico del Contrato de Concesión 007 de 2007”.*
- *“3.7 Inexistencia de las causales para declarar la nulidad de la cláusula veintiséis (26) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007”.*

- “3.8 El Tribunal carece de competencia para conocer de las pretensiones relacionadas con las disminuciones contractuales”.
- “3.9 Incumplimiento contractual imputable a **CSR**: La Concesionaria San Rafael ha incumplido a tal punto sus obligaciones que no existe justificación que motive o genere la responsabilidad de la **ANI**”.
- “3.10 De la interpretación auténtica del Contrato de Concesión y de la teoría de los actos propios: Concesionaria San Rafael pretende desconocer que durante 7 años ha reconocido la vinculatoriedad de las disminuciones en la retribución”.
- “3.11 Incumplimiento de la buena fe y la lealtad contractual: San Rafael perdió la oportunidad para hacer reclamaciones relacionadas con los supuestos eventos eximentes de responsabilidad diferentes a la COVID-19 por cuanto no las realizó en la oportunidad contractual procedente”.
- “3.12 Excepción genérica”.

#### 4. La Demanda de Reconvención Reformada y sus Pretensiones

La Convocante en Reconvención, **ANI**, en el acápite tercero de la demanda reformada, radicada el 30 de noviembre de 2021, y que reemplazó en su integridad la demanda de reconvención del 24 de septiembre de 2021, solicita que se hagan las siguientes declaraciones, que se transcriben textualmente, como ya se precisó, para facilitar las referencias que se hacen en la parte considerativa del presente Laudo:

##### **“PRETENSIONES**

##### **3.1 Pretensiones declarativas principales.**

**PRIMERA PRINCIPAL:** Que se declare que el trece (13) de agosto de 2007, **el Instituto Nacional de Concesiones-INCO-hoy Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** y la Concesionaria San Rafael S.A. celebraron válidamente el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, el cual tiene por objeto realizar “por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de Concesión vial “GIRARDOT-IBAGUÉ-CAJAMARCA” (en adelante el “Contrato de Concesión”)

**SEGUNDA PRINCIPAL:** Que se declare que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y sus otrosíes se encuentran vigentes y su contenido es vinculante para las Partes.

**TERCERA PRINCIPAL:** Que se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, de conformidad con los hechos, actuaciones y omisiones que resulten probadas en la demanda de reconvención.

##### **3.2 Pretensiones principales relacionadas con el riesgo de evasión tarifaria.**

**CUARTA PRINCIPAL:** Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en las secciones 10.28 y 10.31. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael S.A. tenía la obligación de desarrollar todas las

actividades y medidas de control tendientes a impedir la **evasión y elusión** del pago de peajes.

**QUINTA PRINCIPAL:** Que se declare que, de conformidad con las secciones 1.59., 1.71., 1.73., 12.1. y 12.7. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael S.A. debía asumir por su cuenta y riesgo los efectos, favorables y desfavorables, derivados del impago del peaje y su evasión.

**SEXTA PRINCIPAL:** Que se declare que desde el diez (10) de agosto de 2018 se ha presentado una situación de evasión permanente de pago en el Peaje Chicoral.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL:** Que se declare que, desde el diez (10) de agosto de 2018 se ha presentado una situación de elusión permanente de pago en el Peaje Chicoral.

**SÉPTIMA PRINCIPAL:** Que se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al no haber desarrollado actividades ni ejecutado medidas de control efectivas tendientes a impedir la elusión **y/o** la evasión del pago del Peaje Chicoral, las cuales se encontraban bajo su propia cuenta y riesgo.

**OCTAVA PRINCIPAL:** Que se declare que Concesionaria San Rafael S.A. tiene la obligación de asumir el costo de la evasión **y/o** elusión del peaje Chicoral desde el diez (10) de agosto de 2018 hasta la fecha que se profiera el laudo.

**NOVENA PRINCIPAL:** Que se declare que las sumas que por concepto de la evasión del peaje de Chicoral deben ser imputadas al Ingreso generado del Proyecto, y, por lo tanto, se contabilicen como parte del Ingreso Esperado en el laudo.

### **3.3 Pretensiones principales relacionadas con el incumplimiento en el mantenimiento de los indicadores del proyecto.**

**DÉCIMA PRINCIPAL:** Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo VIII del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael está obligada a mantener durante las Etapas de Pre-construcción y de Construcción y Rehabilitación, un Índice de Estado mínimo de 4.5 a lo largo de todo el trazado del Proyecto.

**DÉCIMO PRIMERA PRINCIPAL:** Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo VIII del Apéndice B del Contrato de Concesión No.007 de 2007, la Concesionaria San Rafael está obligada a mantener durante las Etapas de Operación y Mantenimiento, un Índice de Estado mínimo de 4.5 a lo largo de todo el trazado del Proyecto.

**DÉCIMO SEGUNDA PRINCIPAL:** Que se declare que, la Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al no haber mantenido un índice de deflectometría superior a 4.5. en los Tramos 2, 6 y 7 del Proyecto.

**DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL:** Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la acreditación del índice mínimo de Estado en todos los tramos del Proyecto, las actuaciones desarrolladas por la Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.10. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

**DÉCIMO CUARTA PRINCIPAL:** Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la acreditación del índice mínimo de deflectometría en los Tramos 2, 6 y 7 del Proyecto, las actuaciones desarrolladas por la Concesionaria

San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.10. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

**DÉCIMO QUINTA PRINCIPAL:** Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual del concesionario al no haber mantenido un índice de estado superior a 4.5. en todos los Tramos durante las Etapas de Operación y Mantenimiento, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir y pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura el valor de los perjuicios causados al no haber cumplido con los indicadores mínimos de Estado del proyecto, que se determinen con base en las mediciones que se efectúan de acuerdo a las disposiciones del contrato.

**3.3 Pretensiones principales relacionadas con el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday.**

**DÉCIMO SEXTA PRINCIPAL:** Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda (2) del Otrosí No. Siete (7), Concesionaria San Rafael está obligada a realizar los diseños y construcción de la conectante en la intersección Chicoral hacia Gualanday, la cual debe permitir el acceso de los vehículos al Tramo Cuatro (4) en sentido Bogotá -Ibagué y el diseño e implementación de la señalización vertical y horizontal entre intersección de Chicoral a la intersección las Avispas.

**DÉCIMO SÉPTIMA PRINCIPAL:** Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el Otrosí No. Diez (10), Concesionaria San Rafael está obligada a ejecutar los estudios y diseños a nivel fase III para construcción de las obras correspondientes a la segunda calzada del Tramo Dos (2) en el sector Gualanday, entre la intersección Chicoral y la intersección Gualanday del Proyecto concesionado.

**DÉCIMO OCTAVA PRINCIPAL:** Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula tercera (3) del Otrosí No. Diez (10), Concesionaria San Rafael está obligada a entregar el Hito No. Diecisiete (17) en los tiempos y condiciones allí pactados, con una ejecución de cien por ciento (100%), y sin margen de tolerancia.

**DÉCIMO NOVENA PRINCIPAL:** Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el Acta de Declaratoria de Fuerza Mayor del seis (6) de diciembre de 2019, Concesionaria San Rafael estaba obligada a entregar el Hito No. Diecisiete (17) el ocho (8) de enero de 2020.

**VIGÉSIMA PRINCIPAL:** Que se declare que, Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que no entregó el Hito No. Diecisiete (17) el ocho (8) de enero de 2020, de acuerdo con lo pactado en el Otrosí No. 10.

**VIGÉSIMO PRIMERA PRINCIPAL:** Que se declare que, Concesionaria San Rafael sigue incumpliendo el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, por cuanto no ha entregado el Hito No. Diecisiete (17) con una ejecución de cien por ciento (100%), es decir sin margen de tolerancia.

**VIGÉSIMO SEGUNDA PRINCIPAL:** Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la entrega del Hito No. Diecisiete (17) , las actuaciones desarrolladas por Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.12. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

**VIGÉSIMO TERCERA PRINCIPAL:** Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual, Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir el valor de los perjuicios causados al no haber entregado el Hito No. Diecisiete (17) de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

**3.4 Pretensiones principales relacionadas con el incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday.**

**VIGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL:** Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda (2) del Otrosí No. Catorce (14) Concesionaria San Rafael está obligada a realizar los Estudios y Diseños a nivel fase III y la construcción de la ciclorruta ubicada desde la intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta el parque de Gualanday (PR13+500 Ruta 4004) con una longitud aproximada de siete punto cinco (7.5) kilómetros.

**VIGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL:** Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula tercera (3) del Otrosí No. Catorce (14) Concesionaria San Rafael estaba obligada a entregar la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday el diez (10) de noviembre de 2019.

**VIGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL:** Que se declare que Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que no entregó la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday el diez (10) de noviembre de 2019, es decir en los términos contractuales pactados.

**VIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL:** Que se declare que Concesionaria San Rafael sigue incumpliendo el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, por cuanto aún no ha entregado la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday.

**VIGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL:** Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la entrega de la ciclorruta ubicada desde la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday, las actuaciones desarrolladas por Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.11. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

**VIGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL:** Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual, Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir el valor de los perjuicios causados al no haber entregado la ciclorruta ubicada desde la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday, de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

**3.5 Pretensiones principales relacionadas con el incumplimiento en la ejecución de las obras en el Puente de Cajamarca.**

**TRIGÉSIMA PRINCIPAL:** Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 10.18 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y en el Contrato Adicional No. Dos (2) del veintinueve (29) de diciembre de 2009, Concesionaria San Rafael está obligada a ejecutar las obras de construcción y rehabilitación de tal forma que se garantice el tránsito seguro en el Puente de Cajamarca.

**TRIGÉSIMO PRIMERA PRINCIPAL:** Que se declare que Concesionaria San Rafael está obligada a acatar lo estipulado en el Código de Diseño Sísmico de Puentes 1995, para la ejecución de obras en el Puente de Cajamarca.

**TRIGÉSIMO SEGUNDA PRINCIPAL:** Que se declare que Concesionaria San Rafael está obligada a acatar lo estipulado en el Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del INVÍAS, en lo relacionado con las desviaciones máximas admisibles, el desplazamiento, la regularidad de la superficie y otras tolerancias para el Puente de Cajamarca.

**TRIGÉSIMO TERCERA PRINCIPAL:** Que se declare que Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y en el Contrato Adicional No. Dos (2) del veintinueve (29) de diciembre de 2009, toda vez que el

*Puente de Cajamarca no se encuentra en los rangos de tolerancias permitidos y especificados en las normas INVIAS sobre calidad del producto terminado.*

**TRIGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL:** *Que se declare que Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que el Puente de Cajamarca no cumple con las especificaciones de geometría para su operación.*

**TRIGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL:** *Que se declare que Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que el Puente de Cajamarca no cumple con las Especificaciones de Construcción, ni con una rasante que cumpla con el diseño geométrico.*

**TRIGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL:** *Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual, Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir el valor de los perjuicios causados al no haber entregado el Puente de Cajamarca en las condiciones fijadas en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

**3.6 Pretensiones principales relacionadas con el incumplimiento en el manejo de la subcuenta predial.**

**TRIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL:** *Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 1.88. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, los recursos consignados en la “Subcuenta predios” solo podrán aplicarse para las finalidades descritas en la cláusula treinta y cuatro (34) del contrato y lo dispuesto en el Otrosí No. Dos (2) del veinticuatro (24) de abril de 2008.*

**TRIGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL:** *Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 35.11. del Contrato de Concesión, Concesionaria San Rafael deberá invertir el uno (1%) por ciento del costo total de las obras para recuperación, preservación y manejo de cuencas hidrográficas, el cual está incluido en el monto estimado de inversión para la Gestión Ambiental, los cuales se encontrarán en la Subcuenta Ambiental.*

**TRIGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL:** *Que se declare que las actividades de adquisición predial son diferentes a las ambientales, y, por lo tanto, el manejo de los recursos de la “Subcuenta predios” es diferente a la “Subcuenta Ambiental”.*

**CUADRAGÉSIMA PRINCIPAL:** *Que se declare que de acuerdo con el Otrosí No. Diez (10) las actividades de adquisición predial para la construcción de la segunda calzada de Gualanday se respaldarían en las siguientes fuentes de financiación **i)** AOM por treinta y cinco (35) meses; **ii)** desplazamiento de la inversión; y **iii)** excedentes de la ANI.*

**CUADRAGÉSIMO PRIMERA PRINCIPAL:** *Que se declare que de acuerdo con la Sección Cuarta (4) del Otrosí No. Diez (10) las actividades de adquisición predial para la construcción de la segunda calzada de Gualanday no podrían hacerse con los recursos consignados en la “Subcuenta predios.”*

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDA PRINCIPAL:** *Que se declare que, Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al haber dispuesto de los recursos de la cuenta “Subcuenta predios” para finalidades diferentes a las descritas en la cláusula treinta y cuatro (34) del contrato.*

**CUADRAGÉSIMO TERCERA PRINCIPAL:** *Que se declare que, Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al haber adquirido los predios para la construcción de la segunda calzada de Gualanday con los recursos consignados en la “Subcuenta predios”.*

**CUADRAGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL:** Que se declare que, Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al haber dispuesto el 1% determinado para la gestión ambiental de la “Subcuenta predios”.

**CUADRAGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL:** Que se declare que, Concesionaria San Rafael sigue incumpliendo el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 al haber seguido usando los recursos de la “Subcuenta predios” para finalidades diferentes a las descritas en la cláusula treinta y cuatro (34) del contrato.

**CUADRAGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL:** Que se declare que, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá reembolsar los recursos de la “Subcuenta predios” que fueron indebidamente utilizados para finalidades diferentes a las descritas en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL:** Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir el valor de los perjuicios causados al haber usado y seguir usando los recursos de la “Subcuenta predios” para finalidades diferentes a las descritas en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

**3.7 Pretensiones principales relacionadas con la legalidad y validez de las disminuciones aplicadas a la Concesionaria San Rafael S.A.**

**CUADRAGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL:** Que se declare que, la Sección Veintiséis (26) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, es una disposición legal y válidamente pactada.

**CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL:** Que se declare que, las disminuciones que le han sido aplicadas a la Concesionaria San Rafael S.A. derivadas del incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento del proyecto son legal y contractualmente válidas.

**PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL:** Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. ha incumplido este contrato desde el veintitrés (23) de febrero de 2021 al no haber acreditado el cumplimiento del **indicador de deflectometría en los tramos dos (2), seis (6) y siete (7)** del proyecto.

**SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL:** Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. ha incumplido este contrato desde el veintitrés (23) de febrero de 2021 al no haber acreditado el cumplimiento del **indicador de estado en todos los tramos** del proyecto.

**QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL:** Que se declare que, las disminuciones que le han sido aplicadas a la Concesionaria San Rafael S.A. derivadas del incumplimiento en la terminación de la segunda calzada de la Variante de Gualanday son legal y contractualmente válidas.

**PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL:** Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la terminación de la segunda calzada son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. continúa incumpliendo el Contrato, por cuanto no

ha entregado el Hito No. Diecisiete (17) con una ejecución de cien por ciento (100%).

**SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL:** Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la terminación de la segunda calzada son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir y pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura el valor de los perjuicios causados al no haber entregado el Hito No. Diecisiete (17) de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión.

**QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL:** Que se declare que, las disminuciones que le han sido aplicadas a la Concesionaria San Rafael S.A. derivadas del incumplimiento en la terminación de la de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday son legal y contractualmente válidas.

**PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL:** Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. ha incumplido este contrato desde el diez (10) de noviembre de 2019 al no haber entregado terminada la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday.

**SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL:** Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir y pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura el valor de los perjuicios causados al no haber entregado terminada la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday de conformidad con lo estipulado en este contrato.

### **3.8 Pretensiones principales relacionadas con la mayor permanencia de la Interventoría en la fase de construcción.**

**QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL:** Que se declare que, la Concesionaria San Rafael S.A., deberá asumir el costo de la mayor permanencia de la Interventoría en la fase de construcción, derivado del incumplimiento en la entrega **de: i)** la segunda calzada de la variante Gualanday en los términos contractuales fijados en el Otrosí No. Once (11) y en el Acta de Fuerza Mayor del seis (6) de diciembre de 2019; y **ii)** las obras de la ciclorruta Buenos Aires – Gualanday, de acuerdo con el Otrosí No. Catorce (14).

### **3.9 Pretensiones de condena principales.**

Como consecuencia del reconocimiento de las pretensiones declarativas solicito se condene a **la Concesionaria San Rafael S.A.:**

**PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA:** Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a imputar el valor de lo dejado de percibir en el Peaje Chicoral con ocasión de la materialización del riesgo de la **evasión/elusión** desde el diez (10) de agosto de 2018 y hasta el quince (15) de junio de 2021 al ingreso esperado, y por lo tanto, se contabilicen como parte del ingreso esperado, el cual se encuentra tasado en la suma de **SEIS MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$ 6.728.846.533).**

**SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA:** Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a imputar el valor el

monto de la evasión del Peaje Chicoral desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo al ingreso esperado, y por lo tanto, se contabilicen como parte del ingreso esperado.

**TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA:** Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. pagar la suma de **Dieciocho mil Cuatrocientos Millones de Pesos (\$18.464.000.000)** como consecuencia del incumplimiento en los indicadores de mantenimiento del Proyecto.

**CUARTA PRINCIPAL DE CONDENA:** Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los indicadores de mantenimiento desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL DE CONDENA:** Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el monto de la disminución de la remuneración por el incumplimiento de los indicadores de mantenimiento desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo.

**QUINTA PRINCIPAL DE CONDENA:** Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el daño ocasionado por el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday el cual se encuentra tasado en la suma de **Catorce mil quinientos sesenta y ocho millones ciento setenta y un mil trescientos cincuenta y siete pesos (\$ 14.568.171.357)**

**SEXTA PRINCIPAL DE CONDENA:** Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar a pagar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo.

**SÉPTIMA PRINCIPAL DE CONDENA:** Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el daño ocasionado por el incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday el cual se encuentra tasado en la suma de **Cuatro mil setecientos setenta millones trescientos siete mil seiscientos tres pesos con sesenta y nueve centavos (\$ 4,770,307,603.69).**

**OCTAVA PRINCIPAL DE CONDENA:** Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a demoler el Puente de Cajamarca y que en su lugar construya una nueva estructura que cumpla con todas las especificaciones técnicas aplicables a este tipo de obras y que han sido señaladas por la Interventoría.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA OCTAVA PRINCIPAL DE CONDENA:** Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el daño ocasionado por el incumplimiento en la terminación del Puente de Cajamarca el cual se encuentra tasado en la suma de **Veintisiete mil doscientos doce millones quinientos veintidós mil doscientos setenta y cinco pesos (\$ 27.212.522.275)**

**NOVENA PRINCIPAL DE CONDENA:** Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el valor de la mayor permanencia de la interventoría en obra, el cual se encuentra tasado en la suma de **Mil sesenta y cuatro millones cuatrocientos cincuenta mil novecientos setenta y cinco pesos (\$ 1.064.450.975).**

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA NOVENA PRINCIPAL DE CONDENA:** Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A.

*a pagar el valor de las actas de mayor permanencia de la Interventoría que se generen desde la presentación de esta demanda de reconvención y hasta la fecha del laudo, en especial aquellas correspondientes con la terminación de las obras dispuestas en los Otrosíes No. Diez (10) y Catorce (14).*

**DÉCIMA PRINCIPAL DE CONDENA:** *Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a reintegrar a la subcuenta predios el valor del capital indebidamente dispuesto cuya suma es de **DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL OCHOCENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$2.453.081.583,68).***

**DÉCIMO PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA:** *Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el valor de los intereses generados por la utilización indebida de los recursos de la subcuenta predio, el cual se encuentra pasado en **CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS DIECIOCHO MIL CUARENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS (\$5.577.818.042,67).***

**DÉCIMO SEGUNDA DE CONDENA:** *Que en caso de declararse la nulidad de la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución aplicada a partir del nueve (9) de enero de 2020 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

**DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA:** *Que en caso de declararse la nulidad de la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución en la remuneración aplicada a partir del primero (1) de octubre de 2020 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

**DÉCIMO SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA:** *Que en caso de declararse la nulidad la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento del proyecto se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución en la remuneración aplicada a partir del veintinueve (29) de junio de 2014 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007”.*

## **5. Los Hechos y fundamentos de las Pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada.**

Los hechos de la Demanda de Reconvención reformada se contienen en las páginas 12 a 79, numerados del **1 al 228**, que se clasifican en 8 acápites que se listan a continuación.

El Tribunal en este capítulo se limita, igualmente, a mencionarlos en forma general, indicando el rótulo bajo el que están agrupados y el tema que se aduce, en tanto el resumen se consigna en la parte considerativa, al analizar y decidir cada uno de los grupos de pretensiones.

### **5.1 Hechos relacionados con los aspectos sustanciales del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.**

La **ANI** bajo este acápite consignó 67 hechos, numerados del **1 al 67**. Se refiere al Contrato de Concesión celebrado entre las partes el 13 de agosto de 2007, su objeto, las cláusulas relativas a las obligaciones, asignación de riesgos a cargo del Concesionario, el Ingreso Esperado (remuneración), el Valor estimado del Contrato y el “valor efectivo”.

Se precisa de manera particular, para cada grupo de pretensiones, las disposiciones contractuales y documentos que deben tenerse en cuenta en relación con:

- i) El riesgo de evasión (hechos 13 a 17);
- ii) Las obligaciones relativas al mantenimiento de indicadores (hechos 18 a 25);
- iii) Las obras de la segunda calzada de la variante Gualanday (hechos 26 a 35);
- iv) Las obras de la cicloruta Buenos Aires - Gualanday (hechos 36 a 43);
- v) Puente Cajamarca (hechos 44 a 55);
- vi) Obligaciones de la gestión predial (hechos 56 a 66),
- vii) Obligaciones derivadas de la mayor permanencia de la interventoría en la etapa de construcción (Hecho 67).

### **5.2 Hechos relacionados con el incumplimiento del Concesionario respecto de la obligación contractual de adoptar medidas para evitar la evasión en los peajes del proyecto.**

Estos 15 hechos se numeran del **68 al 83** y, en ellos la **ANI** se refiere a las razones y circunstancias fácticas que le permiten sostener que **CSR** ha incumplido el Contrato por no haber adoptado ninguna medida eficiente, certera y conducente que haya permitido mitigar los efectos de la evasión de la Estación del Peaje Chicoral. Con fundamento en lo anterior, solicita declarar responsable a **CSR** de los efectos desfavorables ocasionados y de los perjuicios generados, los que considera deben ser imputados al Ingreso esperado del proyecto.

### **5.3 Hechos relacionados con el incumplimiento de los indicadores de mantenimiento.**

La **ANI** consigna 38 hechos numerados del **84 al 112**. Expone los hechos y fechas en que se llevaron a cabo por parte de la Interventoría las mediciones de los índices e indicadores de Estado y Deflectometría, y cuyos resultados pusieron en evidencia el incumplimiento reiterado del **CSR** de los referidos indicadores. Señala que dichas circunstancias llevaron a la Interventoría y a la **ANI** a aplicar la disminución de la Remuneración prevista en la cláusula 26.1.11, por el incumplimiento de los índices de

estado y, como consecuencia de lo anterior, pretende se declare que **CSR** debe asumir y pagar los perjuicios generados.

#### **5.4 Hechos relacionados con el incumplimiento de la terminación de la segunda calzada de la variante Gualanday.**

Este rótulo agrupa 33 hechos numerados del **113 al 136**. Se refiere al Otrosí No. 7 y a las obligaciones, hitos y metas de cumplimiento acordados por las partes en el Otrosí No. 11 para la ejecución de las obras correspondientes a la segunda calzada del Tramo 2 del Sector Gualanday, en concreto del Hito No. 17.

Asimismo, lista las circunstancias de hecho y las comunicaciones en las que consta el incumplimiento de **CSR** en los plazos fijados y que constituyen las razones que llevaron a la **ANI** a aplicar la disminución prevista en la cláusula 26.1.12 del Contrato. Con fundamento en lo anterior pretende que se declare que **CSR** debe asumir el valor de los perjuicios causados por la no entrega del referido Hito 17.

#### **5.5 Hechos relacionados con el incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday.**

Ese acápite consta de 37 hechos numerados del **137 a 164**. Inicia refiriéndose a lo pactado por las partes en el Otrosí No. 14 en el que se sustituyó la obra inicialmente contratada, por la elaboración de los Estudios y Diseños a Fase III y la construcción de la ciclorruta ubicada desde la Intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta Gualanday (PR13+500 Ruta 4004) y se fijó el plazo de entrega para el 10 noviembre 2019.

Asimismo, la **ANI** lista las comunicaciones, situaciones fácticas que demuestran el incumplimiento en la entrega de las obras en los plazos pactados y las razones que la llevaron a aplicar la disminución en la remuneración del Concesionario prevista en la cláusula 26.1.11 del Contrato por el incumplimiento de los plazos pactados. Con fundamento en estos hechos pretende que se declare que **CSR** debe asumir el valor de los perjuicios generados por la no entrega de la referida ciclorruta.

#### **5.6 Hechos relacionados con el incumplimiento en la entrega del puente de Cajamarca.**

La **ANI** en este acápite consigna 30 hechos numerados del **165 al 185**. Indica que los resultados de los estudios realizados al puente Cajamarca demuestran que el puente presenta una deflexión que sobrepasa la máxima admisible calculada y no cumple con las especificaciones técnicas y/o requisitos mínimos de seguridad para operar. Advierte que las anteriores circunstancias evidencian el incumplimiento de **CSR** por no haber entregado el Puente de Cajamarca en condiciones mínimas y con los niveles de

tolerancia permitidos. Por tal razón solicita, se ordene demoler el puente y construir una nueva estructura y se declare que **CSR** debe asumir el valor de los perjuicios que la mora en la entrega de esta obra le ha generado a la **ANI**.

### **5.7 Hechos relacionados con el incumplimiento de CSR respecto de la obligación de reintegrar los recursos a la subcuenta predial.**

En este grupo, la **ANI** consigna 38 hechos, numerados del **186 al 214**. Expone las razones y las situaciones fácticas que evidencian que **CSR** le ha dado un alcance no autorizado a los recursos de la subcuenta de gestión predial y los utilizó para finalidades diferentes a las contractualmente previstas. Advierte que la **ANI** solicitó en varias oportunidades la devolución de los recursos, pero **CSR** no los ha reintegrado aduciendo problemas de flujo de caja.

Advierte que tal incumplimiento fue declarado en el laudo del 12 de abril de 2021, en el que se concluyó que **CSR** desconoció algunas previsiones contractuales, al adquirir predios que no podían ser pagados con cargo a esa subcuenta, como son, entre otros, los predios destinados a cumplir con la obligación ambiental de inversión del 1% , los necesarios para la construcción de las áreas de servicio y los predios de la segunda calzada de la variante Gualanday y le impuso la obligación de devolverlos.

Con fundamento en estos hechos solicita se declare el incumplimiento del Contrato por parte de **CSR**, al haber usado los recursos de la Subcuenta predios en indebida forma, y se ordene el reintegró del valor de capital e intereses debidos y el pago de perjuicios.

### **5.8 Hechos relacionados con la mayor permanencia de la Interventoría.**

Estos hechos se numeran del **215 al 228**. El Tribunal advierte que este acápite se rotuló en forma equivocada (incumplimiento de **CSR** respecto de la obligación de reintegrar los recursos a la subcuenta predial); sin embargo, se alude al Contrato de interventoría celebrado entre la **ANI** y el Consorcio MAB, en el que se pactó que en el evento en que la **ANI** tuviese que asumir el pago mayor permanencia de la interventoría por causas imputables a **CSR**, está podría repetir en su contra ante un Tribunal de Arbitraje.

La **ANI** afirma que los incumplimientos reiterados y permanentes por parte de **CSR** en lo relacionado con la construcción de Puente de Cajamarca; la segunda variante de Gualanday; la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday; los indicadores de mantenimiento; y la imposibilidad de evitar la consumación de fenómenos de elusión o evasión en el Peaje de Chicoral antes referidos, han obligado a la **ANI** a tener que mantener vinculada, de manera continua y permanente, a la interventoría en el

Proyecto. Lo anterior le ha impuesto la obligación de tener que pagar 3 actas de permanencia en obra adicional y, además, tendrá que efectuar el pago de otra acta adicional por el periodo comprendido entre el 16 de septiembre de 2021 y el 8 de enero de 2022, dado que el proyecto aún no ha sido terminado. Por razón de lo anterior, pretende que se declare que **CSR** está obligada a asumir los costos de mayor permanencia de la interventoría.

## **6. La contestación de la demanda de reconvención reformada**

El 3 de febrero de 2022, **CSR** presentó escrito de contestación de la Demanda de Reconvención reformada, en el que se pronunció sobre los hechos, se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones, que agrupó en 7 acápites, así:

### **“3.1 Excepciones en relación con las imputaciones de incumplimiento por la “evasión” del Peaje Chicoral**

- *“3.1.1 La Interpretación del Contrato de Concesión frente a la evasión y la elusión: la existencia de cosa juzgada”.*
- *“3.1.2 La ausencia de incumplimiento del Concesionario frente a la elusión del peaje de Chicoral”.*
- *“3.1.3 La Inexistencia de un evento de evasión y la inexistencia de una obligación a cargo de concesionario de asumir el riesgo bajo los numerales 1.59, 1.71., 1.73., 12.1 y 12.7 del Contrato de Concesión”.*
- *“3.1.4 La inexistencia de una obligación de reintegrar a la **ANI** las sumas dejadas de cobrar por el proyecto derivadas de una situación de elusión o de evasión”.*
- *“3.1.5 No está probado el valor de los peajes dejados de pagar por los supuestos de hecho de que trata la reforma a la demanda de reconvención”.*
- *“3.1.6 En todo caso, el Concesionario está asumiendo los efectos desfavorables de los vehículos que no pasan por las estaciones de peaje y pagar a la **ANI** el menor valor recaudado es un doble castigo”.*
- *“3.1.7 Ausencia de perjuicios para la **ANI**”.*
- *“3.1.8 El Concesionario ha cumplido el Contrato de Concesión tomando las acciones pertinentes y conducentes para controlar la elusión”.*

### **“3.2 Excepciones comunes en relación con las imputaciones de incumplimiento por los indicadores de mantenimiento, la terminación de la segunda calzada de la variante Gualanday y la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday”**

- “3.2.1 La nulidad de la cláusula 26 del Contrato de Concesión por violación al derecho al debido proceso y desconocer el trámite administrativo para la imposición de sanciones contractuales”.
- “3.2.2 La imposibilidad de aplicar sanciones contractuales conminatorias en forma retroactiva y de solicitar al juez del contrato su aplicación”.
- “3.2.3 La ocurrencia de un evento imprevisible y no atribuible al concesionario que impactó desfavorablemente la ejecución del Contrato de Concesión: la emergencia sanitaria por COVID 19”.
- “3.2.4 La ocurrencia de otros eventos imprevisibles y no atribuibles al concesionario (distintos al COVID 19) que impactaron desfavorablemente la ejecución del Contrato de Concesión”.
- “3.2.5 La reducción ostensible de los ingresos del Concesionario y el consecuente impacto desfavorable para el Concesionario respecto del pago de la deuda”.
- “3.2.6 Ausencia de prueba del perjuicio y la imposibilidad de tasarlo con base en los montos objeto de disminución a la remuneración en contra del Concesionario”.
- “3.2.1 (sic) La violación al deber de conducta de mitigación del daño derivado del principio de la buena fe”.

### **“3.3. Excepciones particulares en relación con las imputaciones de incumplimiento por índice de estado y deflectometría”**

- “3.3.1 La imposibilidad de imponer una sanción contractual respecto de obligaciones que ya fueron cumplidas”.
- “3.3.2 El cumplimiento de la obligación de inversión en relación con el mantenimiento rutinario: El concesionario realizó las inversiones que la **ANI** estima como incumplidas”.

### **“3.4 Excepción particular en relación con las imputaciones de incumplimiento frente a la terminación de la segunda calzada de la variante Gualanday y la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday: Desconocimiento del principio de proporcionalidad”**

### **“3.5. Excepciones en relación con las imputaciones de incumplimiento por el puente Cajamarca”**

- “3.5.1 El puente Cajamarca cumple con la totalidad de especificaciones técnicas aplicables”.
- “3.5.2 El Puente Cajamarca no amenaza ruina y garantiza la seguridad vial de los usuarios”.

- “3.5.3 Ausencia de prueba del daño”.

### **“3.6 Excepciones en relación con las imputaciones de incumplimiento respecto de la subcuenta predios**

- “3.6.1 La ausencia de incumplimiento por parte del concesionario respecto del manejo de los recursos de la subcuenta de predios: la existencia de cosa juzgada”.
- “3.6.2 La ausencia de mora como consecuencia de la inexistencia de un incumplimiento por parte del concesionario”.
- “3.6.3 La violación al principio de la buena fe y la teoría de los actos propios”.

### **“3.7 Excepciones en relación con las imputaciones de incumplimiento respecto de la mayor permanencia de la interventoría”**

- “3.7.1 Falta de competencia del Tribunal para conocer de las imputaciones de incumplimiento respecto de la mayor permanencia de la interventoría”.
- “3.7.2 Inexistencia de una mayor permanencia de la interventoría atribuible al Concesionario y la ausencia de incumplimiento de su parte”.
- “3.7.3 El Concesionario ha cumplido con sus obligaciones respecto de los aportes a la subcuenta de interventoría derivadas del Contrato de Concesión”.
- “3.7.4 No se puede imponer al Concesionario una obligación que se deriva de un contrato del que no es parte y respecto del cual no ha consentido o adherido”.
- “3.7.5 Es Inoponible al Concesionario cualquier acuerdo al que hayan llegado la Interventoría y la ANI respecto de una pretendida mayor permanencia”.
- “3.7.6 El Hecho de la víctima como causa determinante del propio daño”.

## **V. El Proceso Arbitral. Desarrollo del trámite**

### **1. La Competencia del Tribunal**

El 23 de marzo de 2022, tuvo lugar la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que el Tribunal, mediante Auto No. 13, se declaró competente para conocer y decidir las diferencias y materias sometidas a su consideración comprendidas en la demanda arbitral reformada, en la demanda de reconvención reformada y sus respectivas contestaciones (acta 10).

Asimismo en la citada providencia el Tribunal precisó: i) que el término de duración del proceso es de ocho (8) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, de conformidad con lo acordado en el pacto arbitral y lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 10 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, y sin

perjuicio de las prórrogas y suspensiones que se pudieran presentar; ii) que el laudo será en derecho y, iii) que ejecutoriada la providencia se causa el 50 % de los honorarios de los árbitros y la secretaria y el 100 % de la suma decretada por concepto de gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El Ministerio Público recurrió la anterior providencia y sostuvo que las pretensiones relacionadas con la declaratoria de la nulidad de los actos administrativo sancionatorios emanados de la **ANI**, en los que esta entidad aplicó la disminución de remuneración del concesionario prevista en la cláusula 26 del Contrato, no son de competencia del Tribunal, en tanto se trata de multas, esto es, decisiones unilaterales que devienen del ejercicio de poderes excepcionales conferidos en el artículo 17 de la ley 1150 de 2008 y 86 de la ley 1474 de 2011, materia que fue excluida del conocimiento del Tribunal en el literal g) del Otrosí No 8, y que de acuerdo con alguna jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, como es la sentencia con Rad 2009-003400 Expediente 36600 del 28 de noviembre de 2019, no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral.

Del anterior recurso se corrió traslado a la parte Convocante quien se opuso y solicitó mantener la providencia en los términos que fueron proferidos. La parte Convocada, **ANI**, coadyuvó los argumentos del Ministerio Público, sin embargo, manifestó que, dado que se trata de un tema que ha tenido diferentes posturas a nivel jurisprudencial, se atiene a lo que decida el Tribunal en esta materia.

El Tribunal mediante Auto No. 14 resolvió no reponer el auto recurrido. Sustentó su decisión en lo que prevé el artículo 21 de la ley 1563 de 2012, norma que dispone que en el trámite arbitral no son procedentes las excepciones previas y, por tanto, cuando éstas se proponen por las partes, deben ser decididas en el laudo, a la luz de las pruebas aportadas al proceso.

Asimismo, sostuvo que, reitera los fundamentos expuestos al momento de declararse competente, en tanto leído el pacto arbitral, tal como fue modificado en el Otrosí No 8, no encuentra límites que le permitan concluir que carece de competencia para estudiar y analizar la validez de la cláusula 26 del Contrato, ni pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de las disminuciones de la remuneración pactadas. Considera que se trata de un asunto de fondo que debe ser resuelto en el laudo arbitral, no siendo esta la etapa procesal oportuna para llegar a esa determinación.

Por último, señaló que el argumento expuesto por el Ministerio Público, en el sentido de indicar que las disminuciones a la remuneración corresponden a las multas previstas en el artículo 17 de la ley 1150 de 2008, y que por ende son potestades excepcionales, no inhibe en principio, la competencia del Tribunal, a la luz de la

jurisprudencia ya decantada en esta materia, por el Consejo de Estado desde el año 2009, en particular, en la sentencia Rad 1100103260002009001.00 del 10 de junio de 2009.

## **2. la Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ANDJE**

El 7 de abril de 2022, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado radicó memorial en el que manifestó su intención de intervenir en el proceso<sup>24</sup>, cuestión que implicó la suspensión del proceso por un término de 30 días, esto es, entre el 8 de abril y el 23 de mayo de 2022, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 611 del Código General del Proceso.

El 23 de mayo de 2022, la Agencia a través de apoderada judicial, presentó escrito de intervención, junto con el poder a ella concedido y sus respectivos anexos<sup>25</sup>. En dicho escrito se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda reformada presentada por **CSR**, por carecer de sustento jurídico, fáctico y probatorio, objetó el juramento estimatorio y formuló las siguientes excepciones de mérito:

- i) El Contrato debe ser ejecutado de acuerdo con lo pactado en lo relacionado con la asignación de riesgos. No se pueden desconocer los riesgos asumidos con la suscripción del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.
- ii) El Contrato de Concesión establece una forma de remuneración que impide el reconocimiento de las pretensiones del Concesionario.
- iii) Inexistencia del desequilibrio económico del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.
- iv) Quebrantamiento del deber de obrar con Buena Fe Objetiva.
- v) Desconocimiento del principio de buena fe. Teoría de los actos propios.
- vi) Falta de oportunidad por parte del Convocante para efectuar reclamaciones frente a presuntas alteraciones al orden público. Inexistencia de salvedades en los Otrosíes 11 al 15 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, en cuanto a presunto desequilibrio económico alegado por el contratista y,
- vii) Excepción genérica.

De igual manera, manifestó su oposición al reconocimiento de intereses moratorios con base en lo señalado al formular las excepciones, y por cuanto las obligaciones de restablecer financieramente el Contrato e indemnizar los supuestos perjuicios, son inexistentes.

---

<sup>24</sup> Cuaderno principal No. 1 carpeta rotulada "06. Principal. Documentos aportados ANDJE"

<sup>25</sup> Ibidem

Por último y en cuanto a la demanda de reconvención, la Agencia coadyuvó las pretensiones de la demanda de reconvención reformada presentada por la **ANI** y, con fundamento en lo expuesto solicitó:

- i) Negar todas y cada una de las pretensiones de la reforma de la demanda presentada por **CSR**.
- ii) Declarar probadas las excepciones propuestas frente a la demanda reformada y las contenidas en la contestación a la demanda reformada que se prueben dentro del proceso.
- iii) De resultar probado en el transcurso del proceso el incumplimiento por parte de **CSR** solicitado en las pretensiones planteadas por la **ANI**, adoptar las medidas necesarias para contrarrestar situaciones que puedan poner en riesgo a la comunidad, el interés general y el patrimonio público, sobre todo en lo que tiene que ver con el incumplimiento de la entrega del puente de Cajamarca, en tanto no cumple con las condiciones técnicas para su operación y pone en riesgo la seguridad vial.
- iv). Condenar en costas y agencias en derecho a **CSR**.

### **3. Las pruebas solicitadas, decretadas y practicadas**

En la Primera Audiencia de Trámite, que se surtió el 23 de marzo de 2022, el Tribunal en Auto No 15 se pronunció sobre las pruebas solicitadas oportunamente por las partes, las que se decretaron, practicaron e incorporaron al expediente, como se relaciona a continuación.

#### **3.1 Prueba documental**

El Tribunal ordenó tener como pruebas, con el valor que la ley les asigna, los documentos aportados por **CSR**, con la demanda principal reformada, la Contestación a la reforma de la demanda de reconvención, el escrito con el que se describió el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio

De igual forma, ordenó tener como pruebas las documentales aportadas por la **ANI** con la Contestación de la demanda reformada, con la demanda de reconvención reformada y con el escrito mediante el cual se describió el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio.

Estos documentos obran en el Cuaderno de Pruebas, en las Carpetas de Pruebas Nos 6 a 10.

### 3.2 Declaraciones de Terceros. Testimonios

En este proceso rindieron testimonio, por solicitud de la parte Convocante y Convocada en reconvención, CSR, las siguientes personas: Julián Andrés Londoño Henao y Orlando Mauricio Rivera Bermúdez, en audiencias celebradas los días 5 y 7 de abril de 2021 respectivamente, según consta en Actas Nos. 11 y 12.

El Tribunal ordenó a los mencionados testigos remitir al proceso los documentos mencionados en sus declaraciones, lo que fueron enviados por el apoderado de CSR el 24 de mayo de 2022, y puestos en conocimiento de las partes y demás intervinientes mediante Auto No 23 del 30 de junio de 2022 (acta 15). Tales documentos fueron incorporados al plenario y obran en el Cuaderno de Pruebas, carpeta 13 rotulada “Pruebas aportadas en diligencias”, del expediente virtual.

Igualmente rindieron testimonio por solicitud de la parte Convocada y Convocante en reconvención – **ANI**-, los ingenieros Diana Gutiérrez de Piñeres Botero y Nelson Eduardo Suanca Ballén, en audiencia celebrada el 14 de junio de 2022, según consta en acta 14.

El Tribunal ordenó a la primera de los referidos testigos remitir al proceso los documentos mencionados en su declaración, orden que fue cumplida por la Ing. Gutiérrez de Piñeres el 14 de junio de 2022, documentos que fueron puestos en conocimiento de las partes y demás intervinientes mediante Auto No 23 del 30 de junio de 2022 (acta 15). Tales documentos fueron incorporados Cuaderno de Pruebas, carpeta 13 rotulada “Pruebas aportadas en diligencias”, del expediente virtual.

Se desistió del testimonio del Ingeniero Ariel Alberto Corredor, el que fue aceptado por el Tribunal en Auto del 5 de abril de 2021 (acta 11).

Finalmente, el Tribunal mediante Auto No. 25 del 13 de julio de 2023 (acta 17), ordenó de oficio, el testimonio del señor Fernando Laverde, declaración que se rindió el 2 de agosto de 2022 (acta 20).

Las grabaciones de todas estas declaraciones se incorporaron en el Cuaderno de “Audios y Videos” del expediente virtual, y las transcripciones en el Cuaderno de Pruebas, en la carpeta 14 titulada “Transcripciones”.

El Tribunal negó la práctica de la declaración del señor Ezequiel Romero Betel solicitado por **CSR** en la contestación de la demanda de reconvención, por ostentar éste la calidad de representante legal de **CSR**.

### 3.3 Interrogatorio de Parte

Rindió declaración de parte, el 14 de junio de 2022, en representación de la Convocante, **CSR**, el doctor Jaime Ezequiel Romero Bertel (acta No.14). La transcripción de su declaración obra en el Cuaderno de Pruebas, en la carpeta 14 “Transcripciones” del expediente virtual.

El Tribunal ordenó al representante de la Convocante, remitir los documentos mencionados en su declaración, los que fueron entregados en esa misma fecha, tal y como consta en acta 14. Los documentos fueron puestos en conocimiento de las partes y demás intervinientes mediante auto No 23 del 30 de junio de 2022 (acta 15) e incorporados al plenario, documentos que obran en el Cuaderno de Pruebas, en la carpeta 13 “Pruebas aportadas en la diligencia” del expediente virtual.

### 3.4 Exhibición de Documentos

#### 3.4.1 Exhibición de Documentos con intervención del perito a cargo de la Fiduciaria Colpatría

El Tribunal ordenó, a Fiduciaria Colpatría, por petición de la parte Convocante, **CSR**, y con fundamento en lo previsto en el artículo 268 del C.G.P, la exhibición de todos los documentos que se hallen en su poder relacionados con el PA No. 3701 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y el manejo de la Subcuenta Principal del Patrimonio Autónomo FC Concesionaria San Rafael, incluyendo los libros y papeles de comercio asociados al PA y manejo de la subcuenta indicada así como otras subcuentas según resulte necesario; específicamente todos aquellos documentos relacionados con el monto del Ingreso Esperado del Concesionario a la fecha de la exhibición, la disminución por la Segunda Calzada, la Ciclorruta y el Índice de Estado y Deflectometría; así como las comunicaciones de la **ANI** y de la Interventoría contentivas de las instrucciones para efectuar los aludidos descuentos a la remuneración del Concesionario y las respuestas de la Fiduciaria.

La práctica de la anterior diligencia se llevó a cabo, después de varios aplazamientos, el 2 de agosto de 2022 (acta No. 20), oportunidad en la que se entregaron, en medio magnético, los documentos exhibidos.

Mediante Auto No 31, el Tribunal les corrió traslado a las partes y demás intervinientes de los documentos exhibidos, ordenó su incorporación al expediente y dispuso que las partes podrían pronunciarse con apoyo de los peritos designados por cada una de ellas en este trámite (acta 20).

En cumplimiento de lo anterior y estando dentro del término de traslado, el 9 de agosto de 2022, el apoderado de **CSR** se pronunció sobre los documentos exhibidos, adjuntando un pronunciamiento del perito ESFINANZAS respecto de dichos documentos (actualización del dictamen pericial). Las demás partes e intervinientes guardaron silencio.

El Tribunal ordenó la incorporación de los referidos escritos mediante Auto No 35 del 11 de agosto de 2023 (acta 22).

Los documentos exhibidos obran en el Cuaderno de Pruebas, en la carpeta 16 “*Exhibición de Documentos Patrimonio autónomo*” y los demás escritos mencionados y entregados con ocasión del dictamen obran en el cuaderno de Pruebas, en la carpeta 11 “*Dictámenes*”, subcarpeta “*Esfanzas actualización, 9 de julio de 2022*” del expediente virtual.

### **3.4.2 Exhibición de Documentos a cargo de Concesionaria San Rafael**

El Tribunal negó la práctica de la diligencia de inspección judicial solicitada por la **ANI** y, en su lugar, decretó la práctica de una diligencia de exhibición a cargo de **CSR**, de todos los documentos comunicaciones, mensajes físicos y electrónicos, relacionados con: i) el Contrato, desde la etapa precontractual, hasta la actualidad, ii) los antecedentes y las motivaciones que dieron lugar a la elaboración de la comunicación No. 20144090404602 del 22 de agosto de 2014; iii) la planeación y estructuración realizada por la Convocante para la presentación de su oferta dentro de la Licitación – No. SEA-L007-2006 que culminó con la adjudicación y posterior suscripción del Contrato 007 de 2007, las observaciones y manifestaciones que realizó la **CSR** en su calidad de proponente dentro del proceso de la Licitación – No. SEA-L007-2006, la ejecución contractual, las decisiones sobre la ejecución contractual hechas por el Concesionario y con la generación de ingresos por concepto de peajes durante toda la ejecución del proyecto.

La práctica de la anterior diligencia se llevó a cabo, después de varios aplazamientos, el 3 de agosto de 2022, oportunidad en la que se entregaron, en medio magnético, los documentos exhibidos. Mediante Autos No 33 y 34, el Tribunal ordenó su incorporación al expediente y los puso en conocimiento de las partes (acta 21).

Los documentos exhibidos y el disco duro entregado obran en el Cuaderno de Pruebas Carpeta 15 “*Exhibición Concesionaria San Rafael*” del expediente virtual.

### **3.4.3 Exhibición de Documentos a cargo de Consorcio Interconcesiones**

El Tribunal ordenó a Interconcesiones, por petición de la parte Convocada y Convocante en reconvención **-ANI-**, la exhibición de todos los documentos comunicaciones, mensajes físicos y electrónicos que se hallen en su poder, relacionados con el Contrato, durante el tiempo en que actuó como Interventor del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

La práctica de la anterior diligencia inició, después de varios aplazamientos, el 18 de agosto de 2022, fecha en la que fue suspendida y continuó el 24 de agosto del mismo año, oportunidad en la que se entregaron, en medio magnético, los documentos cuya extinción se ordenó.

Mediante Auto No 37 del 24 de agosto de 2022, el Tribunal los puso en conocimiento de las partes y demás intervinientes (acta 24), quienes, dentro del término de traslado, solicitaron al Tribunal no tener en cuenta los documentos exhibidos, en razón a que son irrelevantes e impertinentes para el caso objeto de este trámite. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal mediante Auto No. 40 del 3 de septiembre de 2022, resolvió no incorporar al expediente los documentos exhibidos por el Consorcio Interconcesiones.

### **3.5 Pruebas por informe**

#### **3.5.1 Prueba por informe del representante Legal del INVÍAS**

A petición de ambas partes y con fundamento en lo previsto en el artículo 275 del C.G.P, se decretó la prueba por informe del representante legal del Invías, en el que debía absolver el cuestionario incorporado en el Auto No 15 del 23 de marzo de 2022.

El informe escrito bajo juramento fue presentado el 10 de junio de 2022, y fue suscrito por el Gerente de grandes proyectos y Túneles. El informe se incorporó al expediente y se puso en conocimiento de las partes y del Ministerio Público.

El oficio, el correo remitido y este informe obran en el Cuaderno de pruebas, carpeta 12 “Prueba por informe”, Subcarpeta “Prueba por informe al Instituto Nacional de vías INVIAS” del expediente virtual.

### **3.5.2 Prueba por informe CONSORCIO MAB**

A petición de la parte Convocada y Convocante en reconvención **-ANI**, se decretó la prueba por informe del representante legal del CONSORCIO MAB, en el que debía absolver el cuestionario incorporado en el Auto No. 15. Para tales efectos la secretaria remitió el respectivo oficio, el 6 de abril de 2022.

El informe escrito bajo juramento fue presentado el 13 de junio de 2022 (acta 15), fecha en la que se puso en conocimiento de las partes y del Ministerio Público y, se incorporó al expediente. Dentro del término de traslado, los apoderados de ambas partes solicitaron al Tribunal ordenar al Consorcio MAB aportar la totalidad de la documentación (anexos) del Acta de reversión a la que aluden en su informe y, de otra, aclarar algunas de las respuestas contenidas en el mismo, solicitudes que fueron ordenadas por el Tribunal en Auto No 24 del 12 de junio de 2022.

El consorcio remitió su respuesta y complementación al informe, el 18 de julio de 2022 y mediante Auto No 29 del 19 de julio de 2022, el Tribunal corrió traslado a las partes y demás intervinientes y ordenó su incorporación al expediente (acta 19).

El oficio, el correo remisorio y este informe obran en el Cuaderno de pruebas, carpeta 12 “Prueba por informe”, Subcarpeta “Prueba por informe Consorcio MAB” del expediente virtual.

### **3.5.3 Prueba por informe MINISTERIO DE TRANSPORTE**

A petición de la parte Convocada y Convocante en reconvención- **ANI**-, se decretó la prueba por informe del Ministerio de Transporte, en el que debía absolver el cuestionario incorporado en el Auto No. 15. Para tales efectos la secretaria remitió el 24 de mayo de 2022, el respectivo oficio, el que fue reiterado ante la falta de respuesta por parte del Ministerio dentro del término concedido (15 de junio de 2022) y en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en Auto No 24 del 12 de junio de 2022.

El informe escrito bajo juramento fue presentado el 26 de julio de 2022, suscrito por el jefe de la oficina de asesoría jurídica, Dra. María del Pilar Uribe, y mediante Auto No 30 del 2 de agosto de 2022, se corrió traslado a las partes y demás intervinientes, quienes guardaron silencio. El informe se incorporó al expediente, mediante Auto No 35 del 11 de agosto de 2022, tal y como consta en Acta 22.

El oficio, el correo remisorio y este informe obran en el Cuaderno de pruebas. Carpeta 12 “Prueba por informe”, Subcarpeta “Prueba por informe Ministerio de Transporte” del expediente virtual.

### **3.5.4 Prueba por informe GOBERNACIÓN DEL TOLIMA**

A petición de la parte Convocada y Convocante en reconvención **ANI**, se decretó la prueba por informe del representante de la GOBERNACIÓN DEL TOLIMA, en el que debía absolver el cuestionario incorporado en el Auto No. 15. Para tales efectos la secretaria remitió el 6 de abril de 2022 el respectivo oficio, el que fue reiterado el 13 de julio de 2022, ante la falta de respuesta por parte de la Gobernación dentro del término concedido (15 de junio de 2022) y en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en Auto No 24 del 12 de junio de 2022.

El informe escrito bajo juramento suscrito por el director operativo DATT, fue presentado el 27 de julio de 2022 (acta 20) y, mediante Auto No 30 del 2 de agosto de 2022, se corrió traslado a las partes y demás intervinientes, quienes guardaron silencio. El Tribunal lo incorporó al expediente mediante Auto No. 35 del 11 de agosto de 2022.

El oficio, el correo remitido y este informe obran en el Cuaderno de Pruebas. Carpeta 12 “Prueba por informe”, Subcarpeta “Prueba por informe Gobernación el Tolima” del expediente virtual.

### **3.5.5 Prueba por informe GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA**

A petición de la parte Convocada y Convocante en reconvención **ANI**, se decretó la prueba por informe del representante de la GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA, en el que debía absolver el cuestionario incorporado en el Auto No. 15. Para tales efectos, la secretaria remitió el 4 de agosto de 2022 el respectivo oficio.

La GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA dio respuesta mediante comunicación de fecha 12 de septiembre de 2022. La referida comunicación se incorporó al expediente y se puso en conocimiento de las partes y del Ministerio Público, mediante Auto No. 40 del 23 de septiembre de 2022, tal y como consta en acta No 26.

El oficio, el correo remitido y la comunicación obran en el Cuaderno de Pruebas, carpeta 12 “Prueba por informe”, Subcarpeta “Prueba por informe Gobernación del Cundinamarca” del expediente virtual.

### **3.5.6 Prueba por informe DIRECCIÓN DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE LA POLÍCIA NACIONAL DE COLOMBIA**

A petición de la parte Convocada y Convocante en reconvención **ANI**, se decretó la prueba por informe del representante de la DIRECCIÓN DE TRÁNSITO Y

TRANSPORTE DE LA POLÍCIA NACIONAL DE COLOMBIA, en el que debía absolver el cuestionario incorporado en el Auto No. 15.

El informe escrito bajo juramento suscrito por su director, Mayor General Juan Alberto Libreros, fue presentado el 7 de junio de 2022. Del informe se corrió traslado a las partes y demás intervinientes, en Auto No 23 del 30 de junio de 2022 (acta 15) y se incorporó al expediente.

El oficio, el correo remitido y este informe obran en el Cuaderno de Pruebas, carpeta 12 “Prueba por informe”, Subcarpeta “Prueba por informe Dirección de Tránsito Y transporte” del expediente virtual.

### **3.6 Dictámenes periciales técnicos y financieros**

#### **3.6.1 Dictámenes de parte de CONCESIONARIA SAN RAFAEL**

El Tribunal, decretó la práctica de los siguientes dictámenes periciales de parte, solicitados por **CSR**:

- Un dictamen pericial técnico, solicitado en la demanda reformada, elaborado por la firma TRÍGONO S.A.S, entregado el 29 de noviembre de 2021, suscrito por su representante legal, Señor Daniel Diaz Giraldo y en el que participaron además, los señores, Angela Reyes, Andrés Vergara F y Diego Escobar, cuyo objeto es: (i) validar la ocurrencia de eventos de orden público, cierres viales por obras y eventos de la naturaleza, que pudieron afectar el volumen del tránsito durante el período comprendido entre 2015 a 2020, concretamente en relación con los peajes de Chicoral y Gualanday y, (ii) cuantificar técnicamente la afectación del volumen del tránsito en los peajes de Chicoral y Gualanday por la ocurrencia de tales eventos.

Del referido dictamen se corrió traslado y fue incorporado al expediente virtual en el Cuaderno de Pruebas, Carpeta “11. Dictámenes”, subcarpeta “dictámenes Aportados por la Convocante el 30 de noviembre de 2021” y en la misma bajo el rótulo “Trígono”.

- Un dictamen pericial financiero, solicitado en la demanda reformada (pág. 81), y al que se le dio un nuevo alcance en el escrito mediante el cual se describió el traslado de las excepciones formuladas por **ANI** frente a la reforma de la demanda, elaborado por la firma ESFINANZAS S.A, suscrito por Jaime Eduardo Guzmán García. Dichos informes fueron entregados y aportados al proceso el 30 de noviembre de 2021 y 14 de febrero de 2022, respectivamente, y en los mismos el perito respondió las preguntas formuladas por el apoderado de **CSR** relacionadas

con los eventos que afectaron los ingresos del Proyecto vial Girardot - Ibagué – Cajamarca, y evaluó el impacto que tuvieron en la ejecución del Contrato de Concesión, en particular, en los ingresos por concepto de recaudo de peajes, entre otros, los eventos relacionados con las situaciones de orden público, paros, cierres viales y emergencia sanitaria derivado del COVID 19.

Del referido dictamen y de su actualización se corrió traslado y fueron incorporados en el expediente virtual, el primero, en el Cuaderno de Pruebas, Carpeta “11. Dictámenes”, subcarpetas “Dictámenes Aportados por la Convocante el 30 de noviembre de 2021”, bajo el rótulo “Esfinanzas” y, el segundo en el Cuaderno de Pruebas, Carpeta “11. Dictámenes”, subcarpeta “Alcance 14 de febrero de 2022”.

- Un dictamen financiero solicitado en la contestación de la demanda de reconvención reformada elaborado por la firma ESFINANZAS, suscrito por Jaime Eduardo Guzmán García y entregado el 18 de marzo de 2022 (acta 13), cuyo objeto es realizar un análisis financiero sobre: (i) el impacto derivado de la reducción de los ingresos del Concesionario respecto del flujo de caja; (ii) el impacto directo respecto de las obligaciones financieras del Concesionario, en particular, respecto de la deuda del Contrato de Crédito (Crédito Sindicado); (iii) la necesidad de realizar ajustes a los plazos de pago del crédito y sus amortizaciones; (iv) el fondeo de la Cuenta de Interventoría realizado por el Concesionario; (v) las inversiones en obra, en particular, las relativas al mantenimiento rutinario; así como (vi) evidenciar las falencias en que incurre la **ANI** en la estimación de perjuicios que reclama al Concesionario.

Del referido dictamen se corrió traslado y fue incorporado el expediente virtual en el Cuaderno de Pruebas, Carpeta “11. Dictámenes” subcarpeta “Dictamen Esfinanzas 18 de marzo”.

- Un dictamen pericial financiero solicitado en el escrito con el que describió traslado de las excepciones formuladas por **ANI** frente a la reforma de la demanda, elaborado por la firma ESFINANZAS S.A.S, suscrito por su representante Jaime Eduardo Guzmán García y entregado el 18 de abril de 2022, en el que se resolvieron los cuestionamientos efectuados por **CSR** relativos al ingreso esperado del Contrato de Concesión y los ingresos generados y recaudados por el Concesionario entre el 1 de enero de 2022 y 23 de marzo de 2022.

Del referido dictamen se corrió traslado y fue incorporado en el expediente virtual en el Cuaderno de Pruebas, Carpeta “11. Dictámenes”, subcarpeta “Esfinanzas 18 de abril de 2022”

- Un dictamen pericial técnico, solicitado en el escrito mediante el cual se describió el traslado de las excepciones formuladas por **ANI** frente a la reforma de la demanda, elaborado por la firma BERKELEY RESEARCH GROUP LLC, y entregado el 18 de abril de 2022, cuyo objeto es determinar si la estructura del puente Cajamarca, cumple con las condiciones aptas para su operación y si la deformación del puente no afecta la seguridad de este, o si el puente incumple alguna especificación o normativa aplicable.

Del referido dictamen se corrió traslado y fue incorporado el expediente virtual en el Cuaderno de Pruebas, Carpeta “11. Dictámenes”, subcarpeta “BRG 18 de abril de 2022”

### 3.6.2 Dictámenes de parte de ANI

El Tribunal, decretó la práctica de los siguientes dictámenes periciales de parte, solicitados por la **ANI**

- Un dictamen pericial técnico, solicitado en la demanda de reconvención reformada, elaborado por el Ingeniero Mauricio Gallego Silva y entregado el 24 de mayo de 2022, cuyo objeto es efectuar un análisis de las condiciones actuales del puente, es decir la deformación permanente del puente, su capacidad estructural y lo relacionado con la investigación de campo, así como el incumplimiento en la ejecución del puente Cajamarca y lo relativo a la elusión del peaje Chicoral.

El referido dictamen fue incorporado el expediente virtual en el Cuaderno de Pruebas, Carpeta “11. Dictámenes”, subcarpeta “dictamen técnico Mauricio Gallego 24 de mayo de 2022”

- Un dictamen pericial técnico-contable-financiero, solicitado en la demanda de reconvención reformada, elaborado por la firma CONSULTORES DE NEGOCIOS, suscrito por Luis Abelardo Ramírez Malaver y Luis Humberto Ramírez Barrios, y entregado el 27 de mayo de 2022, cuyo objeto es determinar el daño y el lucro cesante ocasionado por **CSR** a la **ANI**, por razón del incumplimiento del Contrato de Concesión.

El referido dictamen fue incorporado el expediente virtual en el Cuaderno de Pruebas, Carpeta “11. Dictámenes”, subcarpeta “Peritaje Técnico contable-Financiero”.

### 3.7 Dictámenes de Contradicción

Con el fin de ejercer el derecho de contradicción sobre los dictámenes periciales de parte presentados, el Tribunal, decretó como prueba solicitada por **CSR**, los siguientes dictámenes periciales:

- Un peritaje financiero de contradicción preparado por ESFINANZAS S.A., respecto del peritaje técnico contable financiero elaborado por CONSULTORES DE NEGOCIOS, anunciado por la **ANI** el 3 de junio de 2022 y, aportado e incorporado al expediente, el 8 de julio 2022.

El referido dictamen fue incorporado al expediente virtual en el Cuaderno de Pruebas, Carpeta “11. Dictámenes”, subcarpeta “dictamen financiero Esfinanzas 8 de julio de 2022” del expediente virtual.

A petición de la ANI, el Tribunal decretó como prueba el siguiente dictamen pericial de contradicción:

- Peritaje financiero de contradicción, elaborado por Luis Abelardo Ramírez y Luis Alberto Ramírez, entregado el 31 de mayo de 2022 respecto del elaborado por la firma ESFINANZAS SAS y suscrito por Jaime Eduardo Guzmán García.

El referido dictamen fue incorporado al expediente virtual en el Cuaderno de Pruebas, Carpeta “11. Dictámenes”, subcarpeta “2. Informe de Objeción a Peritaje Financiero” del expediente virtual.

### 3.8 Declaraciones de peritos que elaboraron los dictámenes

Rindieron interrogatorio, por solicitud de **CSR**, con el fin de ejercer el derecho de contradicción sobre los dictámenes periciales de parte presentados por la ANI, los siguientes peritos:

- Señor Mauricio Gallego, el 13 de julio de 2023, quien elaboró el dictamen pericial técnico.
- Los señores Luis Abelardo Ramírez Malaver y Luis Alberto Ramírez Barrios, el 19 de julio de 2022, quienes suscribieron y elaboraron el dictamen financiero, elaborado por la firma CONSULTORES DE NEGOCIOS S.A.S S.A.

De igual forma rindieron interrogatorio, por solicitud del apoderado de la ANI, con el fin de ejercer el derecho de contradicción sobre los dictámenes periciales de parte presentados por **CSR**, los siguientes peritos:

- El señor Daniel Diaz Giraldo y sus colaboradores Angela Reyes, Andrés Vergara F y Diego Escobar, el 12 de julio de 2022, quienes elaboraron el dictamen técnico rendido por la firma TRIGONO S.A.S.
- Señor Carlos Andrés Turizo Rico, el 12 julio de 2022, en representación de la firma BERKELEY REARCH GROU LLC, y quien elaboró el dictamen de parte técnico.
- El señor Jaime Eduardo Guzmán García, el 14 de julio de 2022, quien suscribió los peritajes financieros elaborados por la firma ESFINANZAS S.A.

Las grabaciones de las declaraciones de peritos de parte y las transcripciones incorporadas y obran en el Cuaderno de Audios y Videos y en el de Pruebas No. 1 carpeta 14 “transcripciones “del expediente virtual.

Practicadas la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, se profirió Auto No. 41 de fecha 7 de octubre de 2022, en el que se declaró finalizado el periodo probatorio, previa manifestación de las partes, del Ministerio Público y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de que todas las pruebas decretadas fueron practicadas de conformidad con sus peticiones y puestas a disposición y en conocimiento de las partes, que no hay ningún asunto o prueba pendiente de práctica ni ninguna prueba y, por tanto, que es posible proceder al cierre de la instrucción (acta 27)<sup>26</sup>.

#### **4. Los Alegatos de Conclusión y el Concepto del Ministerio Público.**

Una vez cerrada la instrucción, el Tribunal citó en Auto No 41 del 7 de octubre de 2022, a Audiencia de Alegatos de Conclusión para el 15 de diciembre de 2022.

En la referida audiencia, ambas partes y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presentaron en forma oral sus alegaciones finales de las cuales presentaron escritos que obran en autos (Acta No.28). Concluidas las anteriores intervenciones, el señor Agente del Ministerio Público rindió su concepto el que igualmente fue incorporado al plenario. Los escritos radicados se incorporaron al expediente en el Cuaderno Principal en la carpeta No 8 rotulada “Otras comunicaciones desde agosto de 2022”.

Los aspectos principales de las alegaciones de las partes, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Concepto del Ministerio Público, se resumen por el Tribunal más adelante, en la parte considerativa de este laudo, al analizar cada una de las pretensiones de la demanda reformada y de la demanda de reconvención reformada.

En esa misma audiencia el Tribunal señaló, en Auto No. 43, fecha y hora para la audiencia de fallo. Dicha fecha fue modificada mediante Auto No. 45 del 1 de marzo de 2023.

## 5. Audiencias del Tribunal.

El proceso se desarrolló en 30 audiencias incluidas la de instalación y fallo.

## 6. Término de duración del proceso y oportunidad del Laudo

De conformidad con lo dispuesto en el Auto No 14 del 23 de marzo de 2023, el término de duración del trámite arbitral es de ocho (8) meses, contados a partir de la terminación de la Primera Audiencia de Trámite, en virtud de lo acordado en el pacto arbitral y lo previsto en el inciso 5 del artículo 10 del decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

La primera Audiencia de trámite tuvo lugar el 23 de marzo de 2022, por lo que el término vencía inicialmente, el 23 de noviembre de 2022; sin embargo, al anterior término, deben adicionársele, según se ordena el artículo 11 de la ley 1563 de 2012, los días de suspensión y los de interrupción por causas legales.

El presente proceso estuvo suspendido por disposición legal, entre el ocho (8) de abril de dos mil veintidós (2022) y el veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2022), esto es, por treinta (30 días hábiles). Igualmente, estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes, así:

<b>Acta /Auto decreta suspensión</b>	<b>Fecha suspensión</b>	<b>Total días hábiles suspensión</b>
Acta 24 Auto No. 38- del 24/08/22	Del 25 de agosto de 2022 y el 6 de septiembre de 2022 ambas fechas inclusive	9
Acta 27, Auto No. 42 del 07/10/22	Del 8 de octubre 2022 y hasta el 14 de diciembre de 2022, ambas fechas inclusive	44

Acta 28. Auto No. 44 del 15/12/2022	Del 16 de diciembre de 2022 y hasta el 28 de febrero de 2023, ambas fechas inclusive	52
<b>TOTAL DIAS DE SUSPENSIÓN POR SOLICITUD CONJUNTA DE LAS PARTES</b>		105

Así las cosas, al sumarle al plazo de ocho (8) meses, contados a partir del 23 de marzo de 2022 -fecha en la que culminó la primera Audiencia de Trámite-, los días hábiles en que el proceso estuvo suspendido por disposición legal (30 días) y por solicitud conjunta de las partes (105 días), el término del Tribunal para proferir el laudo y emitir las aclaraciones y complementaciones, se extiende hasta el ocho (8) de junio de 2023.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo arbitral se hace dentro de la oportunidad legal.

## **SEGUNDA PARTE. - CONSIDERACIONES**

### **A. CUESTIONES PREVIAS.**

El Tribunal se ocupa de manera previa, de materias que surgieron en el curso de la instrucción que deben ser resueltas en el laudo, o porque habiendo sido despachadas en la Primera Audiencia de Trámite deben ser revisadas o confirmadas en esta ocasión.

### **I. SOBRE LA EXCEPCION DE FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ALEGADA POR ANI, POR NO HABERSE AGOTADO EL TRÁMITE DE AMIGABLE COMPOSICIÓN PACTADO EN LA CLÁUSULA 57 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 007 DE 2007.**

La excepción formulada por la Convocada, obedece a la lectura que la misma hace de la cláusula 57 del Contrato de Concesión, en el sentido que sólo correspondería como competencia para este Tribunal, aquello que no esté en conocimiento del Amigable Compondedor.

Señala la ANI que conforme a las cláusulas 57.1 y 57.5, en particular, cuando existen diferencias en “aspectos jurídicos” deben resolverse mediante el mecanismo de amigable composición. De igual manera, señala la ANI que según la cláusula 57.5. al arbitraje solo podría acudir cuando no se haya podido solucionar en forma amigable la diferencia o a través de la amigable composición.

A partir de dicho entendimiento, la ANI sostuvo que no existe competencia de los árbitros para conocer de esta disputa “*toda vez que no se ha agotado el trámite ante la Amigable Composición, y por lo tanto, el Tribunal Arbitral no es el operador judicial competente para pronunciarse*” (núm. 3.1.1. de la contestación a la demanda reformada).

Sobre el particular, se considera lo siguiente:

El planteamiento de la defensa que en este punto plantea la ANI se basa en la cláusula 57 del Contrato, en su versión original. Ocurre, sin embargo, que dicha estipulación fue modificada por el Otrosí núm. 8 de 7 de julio de 2014, en particular en lo que a la amigable composición y el arbitraje se refiere.

Al respecto, y una vez analizado el Otrosí No. 8 que dio lugar a la modificación de la cláusula 57 en su integralidad, las partes de común acuerdo decidieron establecer que la procedencia del Amigable Compondor, sería optativa.

Así quedó claramente plasmado en la parte inicial del acuerdo de composición previsto en la cláusula tercera, numeral 1 letra a) de dicho modificatorio:

**“TERCERO.** *Modificar la Cláusula 57. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, del Contrato de Concesión No. 007 del 13 de agosto de 2007, la cual quedará así:*

**CLÁUSULA 57. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

*Lo establecido en el presente capítulo no obsta para que las partes puedan resolver directamente toda controversia conciliable entre ellas, surgida con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución, terminación y liquidación del Contrato.*

**1. Amigable Composición.**

*(a) Cualquier diferencia relacionada con la celebración, interpretación, ejecución, terminación y liquidación de este Contrato, que no haya podido ser dirimida directamente por las Partes, **podrá** ser definida por medio de Amigable Composición, a solicitud de cualquiera o de ambas Partes, de conformidad con lo establecido en la presente Cláusula, así como en los artículos 59 a 61 de la Ley 1563 de 2012, el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan. Las partes convienen que el Centro que administrará y será la sede del mecanismo de Amigable Composición será el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá...”* (El subrayado fuera de texto)

A contrario sensu, en el numeral 2 de la misma cláusula, señaló:

**“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 el artículo 14 de la Ley 1563 de 2012, en armonía con el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen...”* (El subrayado fuera de texto)

En desarrollo de lo anterior, siendo optativo acudir o no al Amigable componedor según lo convenido por las partes, no nos encontramos ante una cláusula escalonada o multinivel que impida la competencia del Tribunal para atender las controversias a él planteadas.

Por consiguiente, revisado en conjunto el acervo probatorio y delimitada la controversia existente entre las partes en este punto, se ratifica lo expresado en el Auto núm. 13 de 23 de marzo de 2022 en el que el Tribunal se pronunció sobre su propia competencia y al respecto señaló:

*“A diferencia de la cláusula 57 del Contrato que contenía la cláusula compromisoria original, la versión que fue estipulada por las partes en el Otrosí No. 8, prescindió de la exigencia de someter ‘Cualquier divergencia’ que surgiera entre las partes al arreglo directo o al amigable componedor, antes de llevarla a arbitraje. En el Otrosí No. 8 las partes estipularon que ‘Toda controversia que surja entre las Partes con ocasión del presente contrato, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento Nacional ...’, sin que –a partir de dicha estipulación– sea necesario haber intentado el arreglo directo o acudir a la amigable composición, para convocar un arbitraje.*

*Por consiguiente, en el Otrosí No. 8, las partes modificaron la cláusula original de solución de controversias y, para lo que resulta pertinente en este punto, convinieron prescindir de la exigencia de acudir al arreglo directo y a la amigable composición, como etapa previa y necesaria para convocar un arbitraje. De igual manera, es clara la estipulación vigente en el sentido de que se puede someter a arbitraje nacional ‘toda controversia’ que surja entre las partes, sin limitaciones expresas en la materia, salvo, desde luego, las de naturaleza legal.”*

Por tal motivo, denegará la excepción propuesta.

## **II. SOBRE TACHA DE UN TESTIGO FORMULADA POR CSR**

La parte Convocante formuló tacha de sospecha de la testigo Ingeniera Diana Gutiérrez de Piñeres (declaración del 14 de junio de 2022) en los siguientes términos:

*“DR. LEIVA: [01:22:46] Gracias. Ingeniera, Parece usted conocer muy bien el expediente, sabe exactamente qué pruebas hay, cuáles no, y nos las ha traído para aportarlas al expediente, exactamente aquellas que usted encontró que se extrañaban en el expediente, mi pregunta específica para efectos de verificar la imparcialidad es, ¿en qué participó la interventoría en la elaboración de la demanda y en la contestación, en la elaboración de la demanda de reconvención y en la contestación, cuál fue el rol de la interventoría frente a la ANI en la elaboración de estos documentos?*

*SRA. GUTIÉRREZ DE PIÑERES: [01:23:30] Todo, la ANI siempre, todo lo que tiene que ver con el contrato siempre solicita concepto a la interventoría y pues efectivamente yo estaba, lo tengo muy presente porque yo me senté a redactar, yo revisé el documento, no sé, tuvimos mesas de trabajo con la ANI también para elaborar la respuesta.*

*DR. LEIVA: [01:23:50] Yo quisiera pedirle al Tribunal que con base en lo dispuesto en el artículo 211 del Código General del Proceso y ante la respuesta que nos acaba de dar la Ingeniera, se tenga un especial cuidado a la hora de la revisión del testimonio y estoy tachando de sospecha el testimonio, por cuenta de que se pudiera poner en duda la imparcialidad de la testigo.*

*Básicamente este Tribunal además va a revisar y va a fallar sobre actuaciones directamente atribuibles a la interventoría, de manera que quisiera simplemente, el testimonio por supuesto no se invalida, la testigo ha respondido de manera espontánea, sin embargo, dadas las consideraciones, la respuesta que acaba de dar y las consideraciones en torno a que seguramente muchos de los temas se tendrán que resolver juzgando actuaciones de la interventoría a la hora de fallar, simplemente que se tenga en cuenta esta condición”.*

Formulada la tacha, el Tribunal ordenó continuar con la práctica de esta prueba y dispuso que los argumentos expuestos por **CSR** se analizarán en el momento procesalmente oportuno

A la vista de lo anterior, el Tribunal procede a decidir sobre esta tacha, a la luz de lo que dispone el artículo 211 del Código General del Proceso, norma que establece lo siguiente: *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.*

Revisadas y analizadas las razones expuestas, el Tribunal considera que, si bien no son suficientes para desestimar esta declaración, sí lo son para apreciarla con especial rigor por las circunstancias en las que se encuentra la testigo, las que considera suficientes para eventualmente afectar su independencia e imparcialidad. El motivo de esta apreciación además de lo que se señaló líneas arriba respecto de su desempeño en la firma interventora del Contrato, así como el hecho de haber reconocido la testigo acerca de su participación en la elaboración de la contestación de la demanda y de la demanda de reconvención de la ANI.

En consecuencia, el Tribunal apreciará con especial rigor el testimonio de la Ingeniera Diana Gutiérrez de Piñeres con las limitaciones que impone encontrarse, a la luz de lo que preceptúa el artículo 211 del Código General del Proceso, en circunstancias que podrían afectar su credibilidad e imparcialidad.

## **B. LA DEMANDA DE CSR.**

### **I. LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL ROMPIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO FORMULADAS POR CSR EN LA DEMANDA REFORMADA**

#### **1. Las pretensiones primera y segunda**

La parte Convocante solicita en estas pretensiones lo siguiente:

*“Primera: Que se declare que entre la ANI, como concedente, y la Concesionaria San Rafael S.A., como Concesionario, se celebró el Contrato de Concesión No. 007 de 13 de agosto de 2007 el cual tiene por objeto realizar ‘por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial “GIRARDOT -IBAGUÉ - CAJAMARCA’ (en adelante el ‘Contrato de Concesión’).*

*Segunda: Que se declare que el Contrato de Concesión es un contrato estatal en los términos de la Ley 80 de 1993 y las normas que la han modificado y complementado.”*

#### **1.1 Posición de la Convocante**

En el capítulo 3.1. de la demanda reformada, **CSR** invoca los hechos relacionados con la celebración del Contrato y desarrolla algunos puntos relativos a su entendimiento respecto del objeto y alcance.

#### **1.2 Posición de la demandada**

Respecto de estas pretensiones la ANI manifestó que se atenía a lo que determinara el Tribunal.

Al contestar los hechos relacionados con la celebración, el objeto y el alcance del Contrato, la ANI fijó su posición respecto de su entendimiento de algunas cláusulas y, en particular, sobre el alcance de los hechos aducidos por **CSR** en este capítulo.

#### **1.3 Consideraciones del Tribunal**

Respecto de este par de pretensiones se encuentra que, al margen del entendimiento disímil que expresan las partes en relación con algunos puntos específicos del Contrato tales como su alcance, la remuneración y los riesgos, por citar los más relevantes, la ANI no desconoce la celebración del Contrato, ni la existencia de dicho negocio jurídico. Así mismo, en su demanda de reconvención tampoco incluye

pretensiones tendientes a impugnar la existencia del Contrato, ni reparos en su celebración. Por el contrario, en la demanda de reconvención, en la primera pretensión principal, igualmente, solicita que se declare que entre las partes se celebró válidamente el Contrato 007 de 1997.

Por consiguiente, no existe duda respecto de la adjudicación mediante Resolución núm. 465 de 16 de julio de 2007 del INCO ni de la celebración del Contrato de Concesión núm. 007 que tuvo lugar el 13 de agosto de 2007, entre el Instituto Nacional de Concesiones - INCO y **CSR** cuyo objeto según la cláusula 2 es el otorgamiento a **CSR** de una Concesión para que “realice por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de Concesión vial ‘GIRARDOT - IBAGUÉ – CAJAMARCA’”.

Con posterioridad a la celebración del Contrato, se expidió el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011 por el cual se modificó la naturaleza del INCO que se convirtió en la ANI y como consecuencia de ello, el Contrato fue cedido a la ANI, entidad que desde entonces asumió como contratante.

El segundo hecho de la demanda reformada afirma esta última circunstancia y **ANI** al contestarlo lo acepta en forma textual.

Por lo anterior, se concluye que el Contrato que da origen a las diferencias de las que se ocupa este arbitraje se celebró el 13 de agosto de 2007 entre la **ANI** y **CSR** y su objeto es el que se describe en la cláusula 2, que es también el que se transcribe en la pretensión primera de la Demanda Reformada y en la pretensión primera de la Demanda de Reconvención Reformada y subsanada.

Respecto de la naturaleza y el régimen del Contrato, se encuentra que la misma cláusula 2 estipula que la Concesión se otorga conforme al artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 de 1993. Por su parte, la cláusula 73.2 señala que el Contrato se rige por la Constitución Política, las leyes de la República de Colombia, “en especial por las leyes 80 y 105 de 1993, sus decretos reglamentarios, los códigos Civil y de Comercio, las resoluciones del Ministerio de Transporte y demás normas complementarias o concordantes”.

En el curso del proceso, la ANI no desconoció la naturaleza de carácter estatal ni el régimen legal del Contrato, que no se limita a las leyes 80 y 105 de 1993, sino que se extiende a los códigos Civil y de Comercio, así como a las demás normas complementarias o concordantes.

Por consiguiente, en la medida en que el Contrato se celebró entre **CSR** y el INCO, que fue sustituido por la ANI, se concluye que al ser la contratante una entidad estatal en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, conforme al artículo 1 *ibidem* la Concesión a la que se refiere esta providencia es un contrato estatal, conforme al régimen de la Ley 80 de 1993 y la Ley 105 de 1993, así como aquellas normas que las modifican o complementan.

Por las razones expuestas, se declarará que prosperan las pretensiones primera y segunda de la demanda reformada de **CSR**, así mismo la pretensión primera de la Demanda de Reconvención reformada y subsanada.

## 2. La pretensión tercera

La parte demandante solicita lo siguiente:

*“Tercera: Que se declare que el Concesionario tiene 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 de Concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 numeral 1 de la Ley 80 de 1993”.*

### 2.1 Posición de la Convocante

Respecto de esta pretensión, la Convocante no refiere hechos particulares. La estructura de las pretensiones permite inferir que la declaración que pretende en este punto es la puerta de entrada para las demás pretensiones que presenta en seguida.

### 2.2 Posición de la demandada

La ANI se opuso a esta pretensión y sostuvo que lo que **CSR** estima como remuneración en las pretensiones “*no se ajusta a lo que contractualmente se pactó como remuneración*”<sup>27</sup>, en particular por lo estipulado por las partes en el Otrosí núm. 10, así como por el entendimiento de la entidad de algunas cláusulas del Contrato, en particular, las cláusulas 8, 14, 15 y 16 que se refieren a la remuneración, el valor estimado, el valor efectivo, el ingreso esperado y el ingreso generado.

Conforme a su entendimiento, la ANI se opone a la pretensión por cuanto sostiene que **CSR** no tiene derecho ni fundamento en la solicitud de sumas adicionales a su favor.

---

<sup>27</sup> Pág. 4 de la contestación de la demanda reformada de ANI.

## 2.3 Consideraciones del Tribunal

Examinada la pretensión en la forma como se presenta en la demanda reformada, se encuentra que, en rigor, se refiere a la declaración de uno de los principios que rigen la contratación estatal, esto es, el derecho del contratista a que reciba en forma oportuna la remuneración pactada, así como a que su valor intrínseco no se altere o modifique durante la vigencia del contrato estatal (art. 5, numeral 1 de la Ley 80 de 1993).

En la forma como está planteada, la pretensión tiene vocación de prosperidad por cuanto, en esencia, se refiere a la declaración de un principio de raigambre legal que rige la contratación estatal y, en torno al cual se construyen en la mayoría de los casos, las pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Lo anterior no implica que la oposición de la ANI en este punto carezca de fundamento, sino que los argumentos aducidos por la entidad para oponerse a la declaración que se solicita con la pretensión tercera atañen a otro grupo de pretensiones y, en general, a la problemática específica que se presenta con estas pretensiones.

La argumentación expuesta por ANI en este punto no tiene el mérito, ni la pertinencia para que no se haga una declaración respecto de la vigencia y aplicación de un principio de orden legal. Tales defensas atañen a las discrepancias que existen entre las partes respecto de materias aledañas que son objeto de otras pretensiones, tales como la remuneración del contratista, el plazo de ejecución del Contrato y el ingreso de **CSR**, entre otros. Por consiguiente, el laudo examinará dichos argumentos en capítulos ulteriores, cuando se ocupe de las materias específicas que se plantean en la oposición de ANI a esta pretensión.

Por lo anterior, en la medida en que la pretensión tercera tiene por objeto que se declare, en forma genérica y como principio, que el contratista tiene derecho a recibir en forma oportuna su remuneración y a que el valor intrínseco de esta se mantenga, en los mismos términos del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, se declarará que dicha pretensión está llamada prosperar.

## 3. La pretensión cuarta

**CSR** solicita lo siguiente:

*“Cuarta: Que se declare que, con ocasión de la suscripción del Otrosí No. 15 al Contrato de Concesión el 5 de abril de 2021, la ANI y el Concesionario reconocieron y aceptaron que la emergencia sanitaria ocasionada como consecuencia de la pandemia del Coronavirus COVID 19, constituye un hecho imprevisible y exógeno a la actividad de las partes contratantes que ha alterado la*

*ecuación contractual por cuenta de la disminución de tráfico sufrida por el proyecto concesionado”.*

### **3.1 Posición de la Convocante**

Las partes acordaron en el Otrosí núm. 15 una “compensación económica” a favor de **CSR** por la suma de \$ 23.233.964.723, por la disminución del tráfico causada por la pandemia del COVID-19 que tuvo un impacto negativo en la remuneración del Concesionario.

Dicha compensación se reconoció y pagó mediante la ampliación del término de duración del Contrato en 82 días contados desde el 1 de enero de 2021, esto es, hasta el 23 de marzo de 2022.

Según la demanda reformada, ANI se negó a hacer compensaciones adicionales con posterioridad al 31 de agosto de 2020, por lo cual **CSR** dejó a salvo su derecho a reclamar.

Las partes reconocieron en los considerandos 44 y 45 del Otrosí núm. 15 que la pandemia por COVID-19 es un hecho imprevisible y exógeno a las partes que alteró la ecuación contractual, por lo cual, conforme a la Ley 80 de 1993 debe acordarse el mecanismo idóneo para restaurar dicha ecuación.

### **3.2 Posición de la demandada**

La ANI se opuso a esta pretensión y sostuvo que mediante el Otrosí núm. 15 las partes acordaron los mecanismos para enfrentar y mitigar los efectos de la pandemia del COVID-19 y como consecuencia de ello, se reconoció como “compensación económica” a **CSR** la suma de \$ 23.233.964.723.

Se pactó igualmente que, en caso de no obtenerse el ingreso esperado al finalizar el plazo, **CSR** asumiría el riesgo contractual por lo que no es procedente el reconocimiento económico por la disminución del tráfico.

En cuanto a la negativa de ANI de no hacer compensaciones con posterioridad a 31 de agosto de 2020, la entidad sostuvo que **CSR** no ha demostrado los perjuicios sufridos con posterioridad a dicha fecha. La ANI no asumió riesgo alguno relacionado con la obtención de un ingreso económico fijo, por lo cual no hay lugar a ningún restablecimiento del equilibrio a favor de **CSR**.

A partir de agosto de 2020, el Gobierno Nacional dejó de considerar el COVID-19 como un evento que motivaba el aislamiento general obligatorio para considerarse como un

evento de responsabilidad individual, de suerte que, a partir de 2021, “mutó de fenómeno imprevisto a ser un evento de naturaleza cotidiana”, por lo cual no puede considerarse imprevisto o imprevisible.

Los ingresos de **CSR** venían en descenso desde 2018, lo cual no es atribuible a la pandemia del COVID-19.

### 3.3 Consideraciones del Tribunal

De manera semejante a lo anotado líneas atrás respecto de la pretensión tercera, en la que se examina ahora, **CSR** pide que se haga una declaración que, en la forma como está planteada, se refiere a las consideraciones y a lo acordado por las partes en el Otrosí núm. 15, en particular al impacto de la pandemia del COVID-19 en la ejecución contractual y en la ecuación económica del Contrato.

Por consiguiente, el laudo se ocupa a continuación del examen de la pretensión en los términos en los que fue propuesta por **CSR**, esto es, referida al Otrosí núm. 15 que es el instrumento contractual por el cual las partes gestionaron los efectos de la pandemia.

Ello no implica que se desestime la oposición de la ANI a esta pretensión, sino que los argumentos que la entidad aduce como fundamento de su oposición se refieren al entendimiento y al alcance de lo que estipularon las partes en el Otrosí núm. 15 y a la posibilidad de extender lo acordado en dicho instrumento –en particular la compensación económica a favor de **CSR**– por circunstancias acaecidas con posterioridad a 31 de agosto de 2020 que hayan alterado el equilibrio económico del Contrato en detrimento de **CSR**.

Dicha argumentación será objeto de examen cuando se estudie la materia a la que se refiere la defensa de ANI en tanto, se reitera, la pretensión cuarta está referida a lo pactado por las partes en el Otrosí núm. 15, más que a la posibilidad de extender lo acordado a eventos o situaciones ocurridas o verificadas con posterioridad al 31 de agosto de 2020<sup>28</sup>.

Como resultado de una negociación entre **CSR** y ANI, con la participación de la interventoría, el 5 de abril de 2021 se suscribió el Otrosí núm. 15 con el objeto de pactar una compensación a favor de **CSR** por el impacto que tuvo la disminución del tráfico cuya causa fue las medidas adoptadas en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, en el recaudo de peajes en el proyecto objeto de la Concesión, durante el período comprendido entre el 25 de marzo de 2020 y 31 de agosto de 2020.

---

<sup>28</sup> El 31 de agosto de 2020 es la fecha hasta cuando estuvo vigente la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social, según la Resolución núm. 844 de 2020.

En dicho Otrosí núm. 15 se convino, en esencia, el pago a favor de **CSR** de \$ 23.233.964.723 mediante la ampliación del término de duración del Contrato hasta en 82 días, a partir de 1 de enero de 2022. De igual manera, se pactó no modificar la asignación de riesgos acordada originalmente en el Contrato y se le dieron efectos de transacción a los acuerdos consignados en el Otrosí núm. 15 “por las afectaciones por la disminución del tráfico por el período comprendido entre el 25 de marzo y el 31 de agosto de 2020” (cláusula quinta) con los efectos extintivos correspondientes respecto de las diferencias que pudieran existir entre las partes en el lapso indicado.

**CSR** dejó a salvo sus derechos y expresó que no se encontraban cobijadas por los acuerdos del Otrosí núm. 15, ni por los efectos de transacción estipulados, lo relacionado con menores ingresos o pérdida de liquidez que en criterio del Concesionario se hayan causado o lleguen a causarse por razones distintas a las afectaciones derivadas de la pandemia del COVID-19 en cualquier tiempo, como tampoco aquellas afectaciones que tuvieran por causa dicha pandemia, con posterioridad al 31 de agosto de 2020.

En términos generales, el Otrosí núm. 15 tuvo por objeto compensar a **CSR** los efectos negativos que tuvieron en los ingresos del Concesionario las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades para hacer frente a la pandemia del COVID-19. Con el mismo propósito, y como antecedente relevante, el 3 de febrero de 2021, los concesionarios del modo de transporte carretero de cuarta generación celebraron con la ANI un acuerdo de carácter general en el que se reconoció la afectación de los ingresos de dichos concesionarios de iniciativa pública, en particular, por la exención del cobro de la tarifa de peaje entre el 25 de marzo y el 31 de agosto de 2020.

Además de los principios de orden legal que informan la contratación estatal, en particular el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 que consagra el derecho del contratista a que se le restablezca el equilibrio de la ecuación económica hasta el punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no le sean imputables, el fundamento sobre el cual descansan los acuerdos que se vienen reseñando, es la consideración acordada por las partes, del carácter imprevisible y exógeno de la pandemia del COVID-19, por lo cual se avinieron a mitigar sus efectos en el Contrato de Concesión, en particular en lo que atañe a la disminución de la remuneración del contratista.

Conforme lo acordaron las partes al estimar que la pandemia es una situación imprevista que no le es imputable al contratista, con arreglo a las estipulaciones contractuales, se convino dar aplicación a los principios rectores de la contratación estatal conforme a los cuales procede el restablecimiento del equilibrio al punto de no pérdida por el advenimiento de los hechos y de las medidas que afectaron el ingreso

del contratista como consecuencia de la pandemia, en el lapso ya precisado. Para estos efectos se pactaron las compensaciones respectivas.

Lo anterior se recogió en el numeral 44 de las consideraciones del Otrosí núm. 15, según el cual “[L]a emergencia sanitaria ocasionada como consecuencia de la pandemia del Coronavirus COVID-19, constituye un hecho imprevisible y exógeno a la actividad de las partes contratantes que ha alterado la ecuación contractual”.

Por las consideraciones que anteceden se declarará que prospera la pretensión cuarta de la demanda reformada de **CSR**.

## **Conclusiones**

Para lo que deberá resolverse respecto de este grupo de pretensiones que buscan el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, conviene puntualizar algunos aspectos de orden conceptual:

- No existe controversia entre las partes respecto de las características de imprevisible y exógena que tuvo la pandemia. Así lo acordaron en el Otrosí núm. 15, conforme se ha analizado.
- Nada estipularon las partes en relación con la irresistibilidad que pudo tener la pandemia y sus efectos respecto del cumplimiento de las prestaciones. En rigor, la vía objeto de Concesión siguió en funcionamiento y el Concesionario tuvo a su cargo las obligaciones de construcción, operación y mantenimiento del proyecto, solo que en condiciones extraordinarias.
- Las medidas sanitarias que se adoptaron para enfrentar la pandemia tuvieron impacto en la Concesión en tanto se redujo el tráfico y se exoneró a los usuarios del pago de los peajes, en un lapso determinado. Dicha situación fue denominada por algunos declarantes como el “levantamiento de las talanqueras” en los peajes.
- También existe acuerdo entre las partes en que esas medidas afectaron el tráfico y, en particular, el recaudo del peaje lo que redujo el ingreso del Concesionario.
- Las partes no discuten si la pandemia y las medidas adoptadas para afrontarla constituyen fuerza mayor o caso fortuito, que permita exonerar el incumplimiento de prestaciones del Contrato.
- El problema jurídico que se plantea en este caso concierne a la posibilidad de extender a un periodo diferente al que cubre el Otrosí núm. 15, las condiciones

de imprevisible y exógena y los correspondientes efectos compensatorios que las partes le dieron en forma consensual a la pandemia y a las medidas adoptadas para enfrentarla.

#### **4. Las pretensiones quinta a novena**

Por referirse a una materia común, el laudo se ocupa del conjunto de pretensiones que se estudian a continuación.

La parte Convocante solicita lo siguiente:

*“Quinta. Que se declare que la disminución de tráfico sufrida por el proyecto concesionado por cuenta de la pandemia del Coronavirus COVID 19 ha continuado después del 31 de agosto de 2020, lo cual ha generado una alteración de la ecuación económica del Contrato de Concesión”.*

*“Sexta: Que se declare que, mediante comunicaciones GIC-BG-2020-0507 del 14 de abril de 2020, GIC-BG-2020-0557 del 4 de mayo de 2020 y otras que se relacionan en los hechos de la demanda, el Concesionario, en los términos del numeral 1, inciso 2, del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, efectuó solicitud a la ANI para que procediera de inmediato a restablecer la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada por la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19”.*

*“Séptima: Que se declare que, en los términos de la Ley 80 de 1993 y las normas que la han modificado y complementado, el Concesionario no está obligado a soportar los efectos en la disminución del tráfico en el proyecto concesionado que se han presentado a partir del 1 de septiembre de 2020 como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19”.*

*“Octava: Que se declare que la ANI tiene la obligación de restablecer al Concesionario la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada como consecuencia de la disminución del tráfico en el proyecto concesionado a partir del 1 de septiembre de 2020 ocurrida por la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19”.*

*“Novena: Que se declare que la ANI no ha restablecido al Concesionario la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada a partir del 1 de septiembre de 2020 por la disminución del tráfico como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19”.*

#### **4.1 Posición de la Convocante**

La Convocante sostuvo que el Ingreso Esperado del Concesionario es de \$ 843.398.000.000 en pesos de diciembre de 2004.

La asunción de todos los riesgos a cargo del Concesionario tiene como una contraprestación cuya base es el recaudo del peaje y los pagos de la ANI. Dicha remuneración se fija en función del plazo de ejecución del Contrato y de sus distintas etapas. Conforme al Otrosí núm. 10 la fecha de terminación del Contrato se fijó en el 31 de diciembre de 2021, fecha en la cual se alcanzaría el Ingreso Esperado. De igual

manera se estipuló que en el evento en que el Ingreso Esperado se lograra antes del 31 de diciembre de 2021, **CSR** cumpliría con todas las obligaciones de la Cláusula 8 y en el Apéndice B hasta completar el Período Mínimo de Permanencia estipulado en el Otrosí.

Con motivo de la afectación derivada de la emergencia sanitaria que redujo el ingreso del Concesionario, en el Otrosí núm. 15 se amplió el plazo del Contrato hasta el 23 de marzo de 2022 de forma que **CSR** pudiera alcanzar el Ingreso Esperado.

Según **CSR**, los flujos de tráfico automotor usuario del Sistema Vial Girardot-Ibagué-Cajamarca se vio reducido como consecuencia de la emergencia sanitaria y de las medidas de aislamiento, y se presentó “una reducción significativa como consecuencia de la reanudación de la circulación vial de manera progresiva y paulatina, situación que no ha cesado ni se ha superado a la fecha” (hecho 62).

En tanto la compensación acordada en el Otrosí núm. 15 cubrió la afectación presentada en el periodo de 25 de marzo de 2020 a 31 de agosto de 2020, existe una diferencia entre las partes respecto de la compensación por la disminución por cuenta de la emergencia sanitaria a partir de 1 de septiembre de 2020 en adelante. Dicha disminución de los ingresos del Concesionario a partir de 1 de septiembre de 2020, como consecuencia de la pandemia, impidieron al Concesionario alcanzar el Ingreso Esperado a la fecha pactada de terminación del Contrato.

**CSR** sostiene que la situación descrita representó un desequilibrio financiero que debe ser restablecido.

#### **4.2 Posición de la demandada**

ANI se opuso a este grupo de pretensiones y señaló que mediante el Otrosí núm. 15 se compensó a **CSR** por los impactos sufridos por la pandemia del COVID-19. Lo que se reclama por **CSR** en estas pretensiones corresponden a riesgos que fueron asumidos por el Concesionario en el Contrato (cláusula 12) y por ello no son susceptibles de compensación.

A juicio de ANI, las comunicaciones que según **CSR** se remitieron con el fin de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, no se referían a dicha temática.

Durante el segundo semestre se levantaron las medidas restrictivas de movilidad y por ello las contingencias propias de la pandemia del COVID-19 empezaron a asimilarse “en la dinámica contractual y nacional” en tanto dicha pandemia dejó de ser un evento

imprevisto o imprevisible y se tornó incluido entre los riesgos del Contrato y, en esa medida, a cargo de **CSR**.

Según la ANI, el déficit en el ingreso de **CSR** no es atribuible a los efectos de la pandemia, sino que es un problema anterior que aqueja al Concesionario desde 2018, para lo cual se apoya en varias comunicaciones remitidas por **CSR** con anterioridad a la pandemia.

ANI sostuvo que conforme a la cláusula 1.71 el riesgo por menor recaudo es de **CSR**, con independencia de si es por menor demanda o por evasión del pago tarifario toda vez que los riesgos de evasión, cobro y cartera son del Concesionario.

Según ANI, fue la propia **CSR**, con base en sus propios estudios, la que propuso la fecha del 31 de diciembre de 2021 como plazo de terminación del Contrato, así como la renuncia al derecho para presentar reclamación o compensación por desequilibrio económico, por lo cual carece de fuente contractual para reclamar por la no obtención del ingreso esperado ni por desequilibrio del Contrato. En todo caso, la ANI no tiene ninguna responsabilidad por la disminución de la demanda o por las proyecciones y cálculos financieros de **CSR**.

Para ANI el Otrosí núm. 15 no incluyó una solución relativa a la obtención del ingreso esperado, sino simplemente compensar económicamente a **CSR**.

Respecto de las diferencias que invoca **CSR** por el desequilibrio que subsiste con posterioridad al 31 de agosto de 2020, nunca fueron puestas en conocimiento de la entidad y por su naturaleza han debido someterse en primer término al amigable componedor.

La entidad propuso las siguientes excepciones:

3.2. La concesionaria San Rafael pretende desconocer los riesgos asumidos con la suscripción del Contrato de Concesión no. 007 de 2007.

3.3. La forma de remuneración pactada en el Contrato de Concesión impide el reconocimiento de las pretensiones incoadas por la concesionaria San Rafael.

3.4. Inexistencia de hechos imprevistos e imprevisibles que afecten la ejecución y la ecuación financiera y económica del Contrato de Concesión No. 007 de 2007; los eventos descritos por la Convocante como desequilibrantes no pueden entenderse como hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor.

3.5. Venire contra factum non valet: la concesionaria San Rafael pretende desconocer la buena fe contractual con la suscripción del Otrosí No. diez (10) y reafirmada en el Otrosí No. quince (15).

3.6. De la inexistencia de desequilibrio económico del Contrato de Concesión 007 de 2007.

A juicio de la ANI, las circunstancias por las que reclama **CSR** en este punto son riesgos que fueron asumidos por el Concesionario y, por lo tanto, la reclamación debe desestimarse. Anota en sus alegaciones que “[E]l valor efectivo del Contrato remunera todos los riesgos asumidos por el Concesionario tales como los riesgos comerciales de construcción, ambientales, prediales, de operación, administrativos, financieros, tributarios, regulatorios, soberano, político, ambiental, de devaluación y todos los demás aquellos relacionados en el Contrato y sus modificaciones”.

#### 4.3 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público se opuso, de modo general, a las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato por considerar que con independencia de la ocurrencia de los hechos que se invocan y de si son imprevisibles y ajenos o no a **CSR**, no se probó que tales eventos “hubieran causado la imposibilidad de ejecutar el Contrato por el aumento de sus costos y gastos a un punto de pérdida” (p. 38 del concepto).

Se probó que, a pesar de las dificultades, **CSR** logró ejecutar el Contrato y obtuvo una suma aproximada de 98.27 % del ingreso esperado, conforme lo precisó el peritaje de Esfinanzas.

#### 4.4 Posición de la ANDJE

La ANDJE sostuvo que los riesgos por los que se reclama bajo estas pretensiones fueron asumidos por **CSR**, para lo cual invoca los numerales 12.4 (riesgo por condiciones de financiación) y 12.7 (riesgo por disminución de la rentabilidad) y en este caso lo que ocurrió fue “una variación de las condiciones del mercado” (p. 9 de los alegatos).

Para la Agencia, la regulación contractual del riesgo de fuerza mayor y del riesgo financiero hace que sea **CSR** quien deba asumir eventos tales como la emergencia sanitaria derivada de la pandemia.

## 4.5 Consideraciones del Tribunal.

### 4.5.1 La pretensión quinta.

Se ocupa el laudo de definir si el desequilibrio del Contrato que tuvo por causa los hechos de diversa índole acaecidos con ocasión de la pandemia se mantuvo con posterioridad al 31 de agosto de 2020, fecha en la que terminó el lapso que cubrió la compensación económica otorgada por la ANI a **CSR** en el Otrosí núm. 15. En caso de que se concluya que el desequilibrio se mantuvo, se determinará si **CSR** tiene derecho al restablecimiento del equilibrio, por el lapso posterior al 1 de septiembre de 2020 y hasta la terminación del negocio jurídico.

Conforme al numeral 1.45. del Contrato, el Ingreso Esperado es el valor en pesos colombianos de diciembre de 2004 presentado por el Concesionario en su propuesta, según el Anexo 2 del Pliego, valor que será indexado en la forma descrita en la cláusula 14.

Según esta última cláusula, el Ingreso Esperado es la suma propuesta por el Concesionario como su remuneración para satisfacer el objeto contractual, que en el Adicional núm. 2 se fijó en \$ 864.472.000.000 (en pesos de 2004).

Conforme a la cláusula 3 del Contrato, el plazo de ejecución fue de 19 años contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de inicio de ejecución (21 de diciembre de 2007), de forma que el plazo original iría hasta diciembre de 2026. Sin embargo, dicho plazo fue modificado en el Otrosí núm. 10 en el que se estipuló que el término de ejecución se extendería hasta el 31 de diciembre de 2021. Como ya se precisó, mediante Otrosí núm. 15 se amplió el plazo del Contrato hasta el 23 de marzo de 2022, con el objeto de que **CSR** pudiera alcanzar el ingreso esperado.

En lo que se refiere a este punto específico de las pretensiones, **CSR** estima que con posterioridad al 31 de agosto de 2020 –fecha de terminación del plazo cubierto por la compensación acordada en el Otrosí núm. 15– continuaron las afectaciones en el tráfico como consecuencia de la pandemia y de las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades.

El experto Jaime Eduardo Guzmán García, quien tuvo a cargo la experticia de Esfinanzas con fecha 29 de noviembre de 2021, al ser interrogado en audiencia de 14 de julio de 2022, manifestó al respecto:

*“Sin embargo, entonces, sin embargo, lo que encontramos es que el efecto del COVID y la disminución del tráfico no solo duró durante ese período, del 25 de marzo al 31 de agosto que fue el que quedó cubierto en el otrosí 15, sino que se vio que ese efecto perduró porque el tráfico no se recuperó inmediatamente como las cifras*

*evidentemente lo demuestran, entonces calculamos el diferencial de tráfico, el esperado versus la realidad entre el 01 de septiembre del 2020 y el 31 de octubre del 2021, que era la última fecha disponible, dado como ya mencioné, este dictamen se entregó en noviembre, entonces la última información disponible estaba hasta octubre*<sup>29</sup>.

Con apoyo en el peritaje de parte de Esfinanzas, para **CSR** existe una diferencia entre el recaudo de septiembre de 2020 a diciembre de 2020 y de enero a octubre de 2021 y el promedio mensual de recaudo de los meses de enero y febrero de 2020, este último lapso correspondiente al recaudo que se obtuvo meses antes de la pandemia. Este último valor se determinó con apoyo en las actas de ingreso de enero y febrero de 2020 suministradas por **CSR**, esto es documentos contractuales. De igual manera, se aplicó el factor de estacionalidad de cada mes, según los datos históricos entre 2016 y 2020 en las casetas de peaje de Gualanday y Chicoral<sup>30</sup>.

Conforme a la metodología del peritaje que obra en las págs. 16 y 17 de la experticia de Esfinanzas, se estimó una diferencia entre el tráfico esperado (promedio) y el tráfico real y, consecuentemente entre el recaudo esperado y el recaudo real, para el período entre septiembre de 2020 y octubre de 2021<sup>31</sup>.

El peritaje concluye que para ese lapso se presentó una diferencia de tráfico de 458.355 que equivale a \$ 5.180.469.312 en pesos de diciembre de 2004, en detrimento de **CSR**.

Sobre este cálculo el perito Guzmán García, precisó en su interrogatorio:

*“En ese sentido, nosotros tomamos, al igual que se hizo en el período que quedó cubierto por el otrosí 15 y teniendo en cuenta que obedece a la misma circular, era lógico utilizar la misma metodología que se utilizó para el otrosí No. 15, que fue, en resumen, tomar el tráfico base para las dos estaciones de peaje durante los meses de enero y febrero del 2020, es decir, antes del acaecimiento de la pandemia, proyectarlo, proyectar el tráfico, es decir, el número de vehículos con una tasa de crecimiento del 1.5 %, en este caso para los siguientes dos años, hasta el 2022, y las tarifas incrementarla con un porcentaje del 2.2 %, que en ese momento en octubre era la expectativa que se tenía de la inflación que iba a terminar en el año.*

*Con esos datos, tráfico, estacionalidad y tarifas, pues calculamos con el diferencial el ingreso que estimamos se dejó de recibir durante en el período del 01 de septiembre al 31 de octubre por cuenta del efecto, digamos rezagado, que se iba*

---

<sup>29</sup> Transcripción de la declaración, p. 3.

<sup>30</sup> Según el peritaje, “El factor de estacionalidad es un índice que permite establecer el porcentaje correspondiente a un periodo concreto (en este caso, el de cada mes) respecto al total del periodo analizado (en este caso un año). Es decir, del total del tráfico promedio que pasó por la concesión en los 5 años anteriores al 2020, qué porción correspondió a cada uno de los 12 meses” (p. 14, nota de pie de página 10).

<sup>31</sup> Cfr. Tabla 7, p. 17 del peritaje de Esfinanzas.

*de la pandemia y el tiempo que terminó de demorar el tráfico, de recuperarse el tráfico, perdón*<sup>32</sup>.

Si bien el peritaje de Esfinanzas se apoya en una estimación, contiene un ejercicio que ofrece credibilidad en la medida en que arroja la diferencia del tráfico y del recaudo – con posterioridad al 1 de septiembre de 2020– y las cifras reales de esos rubros correspondientes a la ejecución del Contrato, antes de la llegada de la pandemia. El trabajo pericial señala que, con posterioridad al 1 de septiembre de 2020, el proyecto objeto de este litigio no alcanzó los niveles de tráfico ni de ingresos que se registraron antes de la pandemia en las casetas de peaje de Gualanday y Chicoral, siendo dicho fenómeno la causa más probable del desajuste.

Las partes acordaron en el Otrosí núm. 15 una compensación a favor de **CSR** por el impacto que tuvo la disminución del tráfico y el recaudo de peaje como consecuencia de la pandemia y de las medidas adoptadas en el marco de la emergencia sanitaria, durante el período comprendido entre el 25 de marzo de 2020 y 31 de agosto de 2020. Desde el 1 de septiembre de 2020 se levantaron las medidas, en particular aquellas que restringieron la movilidad y el tránsito de vehículos, de modo que, en principio, las circunstancias del entorno y de las condiciones del tráfico vehicular y del transporte de personas, debería retornar a la normalidad en tanto perdieron vigencia las medidas restrictivas que fue necesario adoptar.

Sin embargo, según la experticia de Esfinanzas, el tráfico no se restableció en la forma que existía antes de marzo de 2020, al punto que no se alcanzaron los niveles registrados en los documentos contractuales antes de la pandemia, esto es en condiciones de normalidad. Luego de la vigencia de las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades y, habiendo superado –si es que ello fuera del todo posible– las restricciones derivadas de la pandemia, **CSR** podía esperar que los niveles se recuperaran hasta alcanzar, al menos, los registros de prepandemia.

Respecto del cálculo de la compensación que se solicita en este grupo de pretensiones, el perito Guzmán informó que en su experticia aplicó la misma metodología que fue acordada por las partes en el Otrosí núm. 15, en el que también se hicieron proyecciones de tráfico para acordar una forma de determinar la referida compensación, ejercicio que contó con la participación de la interventoría.

*“SR. GUZMÁN: [00:58:32] Que incluso cuando hablamos de metodología estamos hablando de, pues para este caso particular, de la forma en que se proyecta el tráfico, esa sería como la puntualización, de dónde salió, el otrosí 15, creo que lo alcancé a mencionar al inicio, en sus considerandos da cuenta de las discusiones que tuvieron las partes, incluida la interventoría, acerca de cuál era la mejor forma de proyectar el tráfico para efectos de las compensaciones que aceptaron hacerse por cuenta del COVID, entre marzo y agosto del 2021, teniendo en cuenta que,*

---

<sup>32</sup> Transcripción de la declaración, p. 4.

*entonces para ese período, inmediatamente después, que se entiende que son disminuciones de tráfico que están asociadas a todos los eventos que sucedieron al tema del COVID, que en agosto no se ha superado, todavía existía emergencia económica, por eso era lógico continuar la metodología que se utilizó para el otrosí No. 15.*

*DR. LEIVA: [00:59:45] ¿De manera que la metodología del otrosí 15 es una metodología acordada entre las dos partes, ANI - Concesionario, y además con el aval de la interventoría?*

*SR. GUZMÁN: [00:59:56] De la lectura del otrosí 15 se entiende eso, efectivamente.*

*DR. LEIVA: [01:00:00] Y lo que usted hizo fue calcular el efecto de la disminución de tráfico, o mejor, ¿lo que usted hizo fue calcular la disminución de tráfico con base en esa misma metodología acordada por las partes, como que no hubiera habido solución de continuidad entre el 31 de agosto y el 01 de septiembre?*

*SR. GUZMÁN: [01:00:24] Así es.*

*DR. LEIVA: [01:00:26] Y usted en ese ejercicio encontró que efectivamente hubo una disminución de tráfico en ese período, desde el 01 de septiembre hasta el 31 de octubre, en relación con aquel que estimaron las partes que debió haber pasado por la carretera, aplicando la metodología acordada por las partes en el otrosí 15.*

*SR. GUZMÁN: [01:00:48] Así es.*<sup>33</sup>

No obstante, a partir de 1 de septiembre de 2020, si bien se reactivó el tráfico en la vía y mejoró el recaudo en los peajes, no se alcanzaron los *niveles de normalidad* que tenía la Concesión, entendidos estos como aquellos que existían antes de la llegada de la pandemia.

De conformidad con las pruebas allegadas, no existe una causa distinta a las medidas restrictivas de la movilidad que fue necesario adoptar con ocasión de la pandemia, que explique el cambio en el flujo vehicular y en los niveles de recaudo de los peajes. Las circunstancias propias de la situación extraordinaria de la pandemia, cuya existencia y cuyos efectos fueron reconocidos por ambas partes en el Otrosí núm. 15, son la causa y la explicación de tales desajustes. Sin embargo, como quedó descrito en el peritaje de Esfinanzas, a pesar de haber cesado las medidas sanitarias, el flujo vehicular no se recuperó y el recaudo tampoco llegó a los niveles en los que estaba antes de la pandemia.

Respecto de estas conclusiones consignadas en el peritaje y ampliadas en la audiencia de interrogatorio al experto (14 de julio de 2022), la ANI no presentó dictamen de contradicción, ni tampoco formuló preguntas con el objeto de controvertir las definiciones del perito en este frente, quien, a su turno, explicó a espacio la metodología empleada en su experticia y se ratificó en los cálculos de la compensación pedida por **CSR**.

---

<sup>33</sup> Transcripción de la declaración, págs. 22 y 23.

## Los riesgos asumidos por CSR

Como se anotó en precedencia, ANI sostuvo que lo que reclama **CSR** en este punto constituye un riesgo que fue asumido por el Concesionario y por lo tanto no hay lugar a restablecimiento alguno. A continuación, se ocupa el laudo de esta defensa en función de lo estipulado en el Contrato y de lo que concretó la ANI en sus alegaciones finales respecto de este punto (núm. 1.1.12, p. 15).

- i) **“Riesgo de fuerza mayor”**. Según el núm. 1.80 del Contrato, dicho riesgo se refiere en forma exclusiva al daño emergente derivado de actos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público, o hallazgos arqueológicos, de minas o yacimientos. Para que estos riesgos constituyan fuerza mayor, debe ser objeto de acuerdo entre las partes, junto con el mecanismo de cobertura. De no ser así, se le dará el mismo tratamiento que al riesgo soberano. Este último se refiere a los eventos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto, que debe ser asumido por el Concesionario (núm. 1.80).

En lo que es materia de este grupo de pretensiones, no hay lugar a sostener que las circunstancias derivadas de la pandemia, ni tampoco las medidas sanitarias adoptadas para hacerle frente están incluidas en esta categoría de riesgo. Lo anterior se corrobora con lo acordado por las partes en el Otrosí núm. 15 en el que las partes –por mutuo acuerdo– reconocieron y convinieron que “constituye un hecho imprevisible y exógeno a la actividad de las partes contratantes que ha alterado la ecuación contractual” (núm. 44).

Como ya se ha precisado, las partes convinieron darle dicho tratamiento a las consecuencias derivadas de la pandemia y de la emergencia sanitaria, toda vez que el Contrato no reguló dicha situación. Por consiguiente, al no formar parte de ninguno de los riesgos asignados en el negocio jurídico, las partes se avinieron a regularlo en la forma en que se estipuló en el Otrosí núm. 15.

En ese contexto, las afectaciones derivadas de la pandemia y de las medidas sanitarias decretadas, no pueden considerarse dentro de la categoría de *riesgo de fuerza mayor*, en los términos en los que fue acordado y asignado en el Contrato. Precisamente por no estar cubierto por dichas estipulaciones, las partes convinieron gestionarlo en la forma en la que se recogió en el Otrosí núm. 15, esto es como un hecho imprevisible y ajeno a la actividad de las partes contratantes.

- ii) **“Riesgo de menor ingreso”**: en sus alegaciones, ANI refiere a este riesgo, que en estricto sentido no tiene la misma denominación en el Contrato. Según este texto,

podría corresponder con el riesgo comercial (núm. 1.71) que se invoca en la contestación de la demanda reformada y que ocurre cuando los ingresos operativos difieren de los esperados, debido a que la demanda del proyecto es menor o mayor que la proyectada o cuando es imposible cobrar tarifas, tasas y derechos, entre otros, por factores de mercado, impago y/o evasión. De igual manera, bajo el numeral 1.1.12 de los alegatos, ANI también invoca el riesgo comercial “que para todos los efectos ampararía evasión, la COVID-19, cierres viales y paros nacionales”.

En los términos del numeral 1.71 del Contrato, no se considera que dicho riesgo cubra las afectaciones por la pandemia, en la medida en que como su denominación lo indica y se precisa en la definición, se refiere a la diferencia de ingresos operativos del proyecto por circunstancias relativas a la demanda o por la imposibilidad de cobrar tarifas, entre otros, por factores de naturaleza comercial como son condiciones de mercado, falta de pago y/o evasión.

Si bien la pandemia pudo tener efectos que, en alguna medida, coinciden con aquellos a los que se refiere este grupo de riesgos, vista en su naturaleza y en sus causas, no puede considerarse como un riesgo de carácter comercial que haya asumido **CSR**. Como se vio, las propias partes lo calificaron como un hecho imprevisible y ajeno a su voluntad que, aunque tenga efectos comunes con los riesgos comerciales (no pago y el consecuente impacto en los ingresos operativos) su origen fue imprevisto e inopinado de modo que no participa de la misma naturaleza que la de los riesgos comerciales que fueron asignados en el núm. 1.71 del Contrato.

- iii) **“Riesgo de recaudo”**: según los alegatos de ANI, cubre el riesgo de evasión y cerramientos viales.
- iv) **“Riesgo de cartera”**: según las alegaciones de ANI, cubre la evasión.
- v) **“Riesgo de Demanda”**: que según ANI se refiere a la evasión, cierres viales, paros nacionales y los efectos de la pandemia.

Por el alcance que les da la ANI a estos enunciados, se pueden analizar en forma conjunta por cuanto se invocan para sostener que tales riesgos incluyen la evasión.

Si bien el riesgo de cartera señalado en el Contrato (núm. 1.73) se refiere al no pago de los usuarios o a la evasión, dicha estipulación regula tales fenómenos en condiciones normales de ejecución del Contrato y, fue bajo esas condiciones, que el riesgo se le asignó a **CSR** y en el entendimiento de que podría mitigarse por una mejor gestión comercial por parte del concesionario, como lo estipula el Documento

Conpes 3107 de 2011. Conforme a dichas reglas, el riesgo de cartera se morigera, si el contratista ejecuta una mejor gestión comercial para mejorar sus ingresos operativos.

Como se ha analizado en esta providencia y lo corrobora la voluntad conjunta de las partes, la pandemia revistió unas condiciones de anormalidad y de imprevisibilidad que alteraron la ejecución del Contrato que obligó a las partes a remediar las afectaciones de diversa índole que ocasionó. Por consiguiente, las circunstancias de evasión –con el propósito que las invoca la ANI respecto de este grupo de pretensiones– y, en general, el no pago al que se refiere el Contrato, son riesgos que se asignaron a **CSR** bajo el entendimiento de que el Contrato se desarrollara en condiciones de normalidad y que dicho riesgo era de naturaleza comercial.

No puede considerarse que las afectaciones derivadas de la pandemia estén incluidas dentro de los riesgos asignados a **CSR** y que esta debe asumir sus consecuencias, cuando el Contrato tuvo que ejecutarse bajo unas condiciones extraordinarias de pandemia y con unas medidas sanitarias que afectaron directamente la movilidad de los ciudadanos, sin que **CSR** pudiera llevar a cabo ninguna gestión para evitar sus efectos.

Dichas circunstancias alteraron directamente la ejecución del Contrato al haberse, por ejemplo, limitado el tránsito y suspendido el cobro de los peajes, que como es sabido, es una de las fuentes de ingreso del Concesionario quien, se reitera, no tenía ninguna gestión a su alcance para mitigar la afectación.

Al asumir el riesgo con la suscripción del Contrato, el Concesionario no podía prever que dicha asignación incluía las circunstancias imprevistas de la pandemia, ni tampoco las medidas sanitarias que, para salvaguardar la salud pública y el bienestar general, afectaron directamente la ejecución del negocio jurídico amén de su fuente de ingresos.

En este contexto, ha de entenderse que los riesgos de evasión y de no pago que se le asignaron a **CSR** en el Contrato, se asumieron por cuanto el contratista podría ejecutar alguna gestión comercial para mitigar sus efectos, en condiciones de normalidad de la ejecución contractual. Por ello, frente a este grupo de pretensiones que se examina, el carácter extraordinario e imprevisible inherente a la pandemia y a las medidas sanitarias –que fue reconocido por las mismas partes– permite concluir que dicho fenómeno desbordó los límites del riesgo que se le asignó a **CSR**.

El Documento Conpes 3107 de 2001 clasifica el riesgo de demanda (cuando los volúmenes de servicio son menores a los estimados) y el riesgo de cartera (no pago

o evasión) bajo la categoría de *riesgo comercial*, que consiste en que los ingresos operativos son diferentes a los estimados y que por lo general se asigna al concesionario “dado 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 del servicio”.

El criterio que se adopta en el Documento Conpes es la asignación del riesgo al inversionista privado bajo el entendimiento de que puede mitigarse con una mejor gestión comercial, actividad que es de su resorte y por lo tanto, se asume que con una mejor gestión o actividad comercial, se mitiga el riesgo.

Por lo anterior, en relación con los efectos de la pandemia, **CSR** tuvo que ejecutar el Contrato en condiciones de anormalidad y desbordando el marco de los riesgos que asumió, los cuales se asignaron sobre la base de unas condiciones de ejecución normales, esto es distintas a las que tuvo que hacer frente.

Por último, reciente doctrina se ha ocupado de la afectación de este tipo de contratos por el advenimiento de la pandemia y de las medidas que fue necesario adoptar y en cuanto al riesgo de demanda señalan:

“Cabe tener presente, además, que la pandemia, las regulaciones dictadas en consecuencia y el proceso acumulativo de deterioro económico que preexiste a la crisis sanitaria y se ve agravado durante ella por las consecuencias que trae implicadas y por el proceso de renegociación de la deuda soberana, impactan –con distinta intensidad, según los casos– en la caída de demanda y, por lo tanto, en la remuneración de los contratos de tipo concesional. Este dato es de singular relevancia, en la medida que, si bien es cierto que, por regla, el riesgo de demanda forma parte del riesgo empresario, también lo es que ni el obrar más diligente ni las proyecciones más conservadoras podrían razonablemente haber previsto la situación actual de derrumbe.”<sup>34</sup>

Por las razones anteriores, se declarará que prospera la pretensión quinta de la demanda reformada.

#### 4.5.2 La pretensión sexta

Respecto de esta pretensión se encuentra lo siguiente:

En el expediente obra copia de la comunicación GIC-BG-2020-0507<sup>35</sup> del 14 de abril de 2020 en la que el representante legal de **CSR** hace una breve referencia a la llegada

---

<sup>34</sup> Guglielminetti, Ana Patricia. Contratos Públicos, Covid-19 y después, en Efectos Jurídicos de la Pandemia de Covid-19, Tomo III, Rubinzal – Culzoni Editores.

<sup>35</sup> Carpeta 01. PRUEBAS DEMANDA INICIAL

de la pandemia para concluir que con dicho fenómeno se “aminoraron de manera ostensible” los ingresos del Concesionario, que luego se tornaron inexistentes.

**CSR** agregó que la pandemia presenta características de imprevisibilidad, irresistibilidad y externalidad frente a **CSR** que no pudo resistir a dichas circunstancias extraordinarias. Como consecuencia de dicha situación, **CSR** advirtió que para el 31 de diciembre de 2021 no alcanzaría el ingreso esperado que es la remuneración del Concesionario por las obras y las actividades que constituyen el objeto del Contrato, por razones que le eran totalmente ajenas y anormales del proyecto.

En dicha comunicación, **CSR** solicitó a la ANI instalar en brevedad “mesas de trabajo” para analizar los efectos de la pandemia “con el fin de construir en conjunto los mecanismos idóneos y suficientes para enervar las derivaciones nocivas que se presentarán (sic)”. Agregó que **CSR** tiene la seguridad de poder convenir con ANI las soluciones de manera directa o a través de un tercero para solucionar la situación.

Así mismo, obra en el expediente la comunicación GIC-BG-2020-0557<sup>36</sup> del 4 de mayo de 2020 remitida por el representante legal de **CSR** en la que plantea dos hechos de cara a la suscripción del Otrosí núm. 15: i) el efecto en el ingreso generado por la suspensión del cobro de peajes; ii) cuando reinicie el cobro de peaje, el restablecimiento del tráfico tomaría tiempo para llegar a su nivel normal (cerca de un año).

En razón de lo anterior, **CSR** planteó que para el 31 de diciembre de 2021 no alcanzaría el Ingreso Esperado, por lo cual habría que extender el plazo del Contrato, “como mecanismo para compensar el desequilibrio de la ecuación económica del Concesionario”. De igual manera, **CSR** propuso una metodología de ajuste para aplicarse en función de los tiempos del Contrato.

Revisadas con detenimiento estas comunicaciones, se encuentra que en ellas **CSR** advirtió a la ANI acerca de los efectos que la suspensión del cobro de peajes tenía en los ingresos del Concesionario, situación que tardaría en recuperarse para llegar a niveles de normalidad. De igual manera, **CSR** le propuso a la entidad trabajar en forma conjunta para buscar mecanismos que permitieran restablecer el equilibrio del Contrato que se vio alterado por el acaecimiento de la pandemia y de las medidas adoptadas por las autoridades.

El artículo 5, núm. 1 de la Ley 80 de 1993 consagra el derecho del contratista a recibir en forma oportuna la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de esta no se altere o modifique durante la vigencia el Contrato. De igual manera, estipula el derecho

---

<sup>36</sup> Carpeta 01. PRUEBAS DEMANDA INICIAL

del contratista a que la administración le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del Contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que le sean imputables a aquel, para lo cual la norma refiere a una solicitud previa del contratista.

Las comunicaciones a las que se refiere la pretensión que se estudia contienen un informe que le presenta **CSR** a la ANI acerca de la afectación de sus ingresos por cuenta de la suspensión del cobro de peajes y una propuesta de trabajo para buscar formas de solucionar la situación sobrevenida, así como una propuesta de metodología para ese propósito.

En estricto rigor, no se encuentra en dichas comunicaciones “solicitud a la ANI para que procediera de inmediato a restablecer la ecuación económica”, como se indica en la pretensión sexta. En esas oportunidades **CSR** optó por advertir a la entidad y proponer –a manera de invitación– trabajar en forma conjunta para restablecer el equilibrio del Contrato.

Sea como fuere, las comunicaciones que invoca **CSR** en la pretensión sexta tuvieron por objeto informar a la entidad acerca de la afectación de los ingresos que acusó el contratista y el desequilibrio de la ecuación económica como consecuencia de las medidas relacionadas con la pandemia y, en particular, con la suspensión del cobro de peajes. Con independencia de que dichas comunicaciones no contengan, en rigor, una “solicitud” para restablecer “de inmediato” el equilibrio económico –como se indica en la pretensión sexta– puede aceptarse que cumplieron con el objeto para el que fueron remitidas, vale decir, informar a la entidad acerca de la afectación de la ecuación económica por cuenta de situaciones imprevistas y no imputables a **CSR**, como fue la pandemia y las medidas adoptadas por las autoridades, y proponer un trabajo mancomunado para mitigar dicha situación.

Con el alcance que se ha precisado y en la medida en que mediante las comunicaciones reseñadas por parte de **CSR**, la ANI fue enterada en forma oportuna de la afectación del equilibrio económico del Contrato, se declarará que prospera la pretensión sexta de la demanda reformada.

#### **4.5.3 Las pretensiones séptima, octava y novena**

Como se ha expuesto líneas atrás, las medidas sanitarias adoptadas con ocasión de la pandemia tuvieron un impacto en el tráfico del proyecto objeto de la Concesión y, como consecuencia, en el recaudo de peajes, que constituye una de las fuentes de ingresos de **CSR**. Esta situación representó un desequilibrio de la ecuación financiera del Contrato en perjuicio de **CSR**, circunstancia que reconocieron las partes.

Mediante el Otrosí núm. 15 las partes acordaron, entre otras cosas, una compensación a favor de **CSR** con el objeto de restablecer el desequilibrio experimentado por el periodo comprendido entre el 25 de marzo de 2020 y 31 de agosto de 2020.

A partir del 1 de septiembre de 2020 se levantaron algunas de aquellas medidas sanitarias que afectaron el recaudo de peaje. Sin embargo, a pesar de reactivarse en alguna medida las condiciones de tráfico, el recaudo no alcanzó los niveles que tenía en el periodo anterior a la llegada de la pandemia, de modo que, en ese sentido, **CSR** no volvió a ejecutar el Contrato en las condiciones de normalidad que existían antes del 25 de marzo de 2020, ni con los niveles de recaudo que se registraba para esa época.

Conforme lo reconocieron las partes en el Otrosí núm. 15, la pandemia y las medidas adoptadas para hacerle frente resultaron ser circunstancias imprevistas o imprevisibles, vale decir que no fueron tenidas en cuenta por las partes al momento de celebrarse el Contrato, a pesar de haberse desplegado una mediana diligencia o cuidado, que son ajenas a su actividad y que no acontecen por su conducta, esto es, que no le son imputables a sus propios actos o comportamientos. Sobre el particular, la jurisprudencia ha precisado desde antiguo:

*"Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al Contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes... Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias"*<sup>37</sup>.

*La magnitud de la pandemia y sus efectos en variados órdenes sociales, y en particular en la ejecución de contratos como del que se ocupa este laudo, permite sostener que dicha situación y las medidas adoptadas para enfrentarla, constituyen eventos que además de imprevistos e imprevisibles, son ajenos a los contratantes amén de extraordinarios, esto es fuera de lo normal, de lo corriente, lo cual debe ser apreciado por el juez en cada caso concreto, como lo ha sostenido la jurisprudencia:*

*"Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, 'que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional' (Cas. Civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945,*

---

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de mayo de 1938.

LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (Cas. Civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475).

*“Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida”<sup>38</sup>.*

*En suma, los hechos por los que reclama **CSR** además de imprevistos e imprevisibles implicaron un cambio de circunstancias en la ejecución contractual, que no pudo preverse en forma razonable.*

*Por otra parte, el ordenamiento jurídico exige que el restablecimiento del equilibrio económico puede pedirse por hechos o circunstancias que sean ajenas a las partes y, en particular, a quien lo pretende. En otras palabras, los hechos por los que se pide el restablecimiento del equilibrio económico no pueden atribuirse a la parte que lo reclama.*

*El artículo 5, numeral 1 de la Ley 80 de 1993 consagra esta regla:*

*“(…) 1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.*

*“En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el 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.” (Negrilla agregada).*

*El mismo elemento normativo tiene consagración adicional en el artículo 27 del mismo Estatuto, en los siguientes términos:*

*“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”. (Subrayas agregadas)*

---

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012. Rad. 11001-3103-040-2006-00537-01.

A su turno, el Consejo de Estado ha desarrollado este principio en variados pronunciamientos, tales como:

*“Por último, el sinalagma funcional que se desprende del contrato estatal se puede ver afectado por una última circunstancia, que es ajena y, por lo tanto, externa a las partes contratantes, razón por la que se trata de sucesos, situaciones o decisiones de contenido general y abstracto que son externas a las partes, que se materializan o concretan con posterioridad a la celebración del contrato, y que alteran de manera significativa, de forma anormal y grave, la economía o ecuación financiera del contrato.*

*Este tipo de escenarios son los que configuran la llamada teoría de la imprevisión, y que, por lo tanto, permite también predicar la ruptura del equilibrio contractual, en virtud de situaciones extrañas al comportamiento de los sujetos contratantes, pero que en virtud de su imprevisibilidad impactan de manera importante la economía del contrato, bien porque su ejecución se torna muy onerosa para el contratista o porque una situación específica pone en desequilibrio manifiesto a la entidad contratante, lo que impide que honre –en los términos originalmente pactados– las obligaciones y prestaciones que se desprenden del contrato.*

*Ahora bien, como lo precisa el reconocido profesor Jean Rivero<sup>39</sup>, requieren de la verificación de tres requisitos o condiciones: i) que los contratistas no hayan podido razonablemente prever los hechos que trastornan la ejecución del contrato, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave, etc.), ii) estos hechos deben ser independientes a su voluntad, iii) esas circunstancias deben provocar un trastorno de las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio de los contratantes, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever”<sup>39</sup>.*

De manera concreta, la doctrina se ha ocupado también de los efectos de la pandemia en la ejecución de los contratos y del desafío que dicha situación inopinada y de las medidas de diversa índole que se adoptaron para hacerle frente, representan. Las consecuencias de esta situación frente al desequilibrio económico del contrato y las reclamaciones que se han formulado por las afectaciones experimentadas como consecuencia de esta situación extraordinaria y ajena a las partes contratantes deben examinarse y ponderarse en cada caso y en consideración a las condiciones concretas que rodean cada evento. En estudio reciente se señala:

*“A la par de las consecuencias derivadas de la pandemia en sí misma, existen otros impactos provocados por las regulaciones y medidas emitidas con motivo de aquella por las distintas jurisdicciones (nacionales, provinciales y municipales) que conforman un complejo entramado cuyo impacto y calificación jurídica ha de ser desentrañado en cada caso, en la medida que puede configurar, según las circunstancias dadas y las partes del contrato, supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, hechos del príncipe, hechos de un tercero por el que no se debe responder, supuestos que encuadren en la teoría de la imprevisión o incumplimiento del contrato por parte de la Administración. Dentro de este abanico existen tanto medidas tendientes a contener el avance de la pandemia, a morigerar o paliar sus efectos en aquellos casos en que no haya podido contenerse, como a atender a las diversas dificultades económicas ocasionadas por la pandemia (sea*

---

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 6 de mayo de 2015, Rad. 31837.

*directamente o por las medidas adoptadas para contenerla). Todo ello con la consiguiente reasignación de los recursos a las nuevas prioridades*<sup>40</sup>.

Dentro del marco descrito, a partir de 1 de septiembre de 2020, las condiciones de ejecución fueron distintas a las que existían antes de la pandemia, en tanto los índices de recaudo no volvieron al nivel que tenían para esa época, situación que, en últimas, tuvo por causa las medidas de restricción de la movilidad que fue necesario adoptar para afrontar la pandemia, pero que para lo que es de interés en este frente, eran ajenas al Concesionario. Dicho de otro modo, a pesar de haberse levantado algunas de las medidas restrictivas que afectaron el recaudo de peajes, este no regresó a los niveles que tenía antes de la pandemia, circunstancia que no le es imputable a **CSR** y que tuvo por causa los efectos *prolongados* de las medidas sanitarias que fueron adoptadas por las autoridades.

En la medida en que, a partir de 1 de septiembre de 2020, **CSR** ejecutó el Contrato en condiciones distintas a las de normalidad que existían antes de 25 de marzo de 2020, lo cual tuvo por causa hechos imprevistos y no imputables al Contratista, y que dicha ejecución se hizo en condiciones de desequilibrio económico, **CSR** no tiene la obligación de soportar los efectos en la disminución del tráfico, en particular la disminución del recaudo de peajes.

Por las razones expuestas, se declarará que prospera la pretensión séptima.

En cuanto a la pretensión octava, se considera que al haber ejecutado **CSR** el Contrato, con posterioridad al 1 de septiembre de 2020, bajo condiciones de desequilibrio económico, por causa de las medidas decretadas por las autoridades para enfrentar la pandemia, circunstancia que **CSR** le informó en su oportunidad a la ANI, al tenor del artículo 5, núm. 1 de la Ley 80 de 1993, el Contratista tiene derecho a que se restablezca el equilibrio de la ecuación económica del Contrato. Dicho restablecimiento debe hacerse respecto del lapso siguiente al 1 de septiembre de 2020, toda vez que el periodo comprendido entre el 25 de marzo de 2020 y el 31 de agosto de 2020 fue compensado mediante el Otrosí núm. 15.

Por cuanto se cumplen los requisitos contenidos en la Ley y los hechos que causaron el desequilibrio son imprevistos y no le son imputables a **CSR**, que en su oportunidad le informó a la ANI acerca de su ocurrencia y de los efectos en la ecuación económica, la entidad tiene la obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato.

No hay evidencia en el proceso de que la ANI le haya restablecido a **CSR** la ecuación económica por el periodo posterior al 1 de septiembre de 2020. Antes bien, la postura de ANI en este arbitraje ha sido manifiesta en el sentido de negar el derecho de **CSR**

---

<sup>40</sup> Guglielminetti, Ana Patricia. Op. Cit.

al restablecimiento y de oponerse a las peticiones del Concesionario con ese propósito, por razones que ya se han analizado en esta providencia.

Por lo expuesto se declarará que prosperan las pretensiones octava y novena de la demanda reformada.

#### **4.5.4 La pretensión décima octava**

La pretensión décima octava es consecencial de las declaraciones pedidas en las súplicas que se estudiaron en este acápite y, en particular aquellas contenidas en las pretensiones octava y novena. Con esta súplica, **CSR** pretende que se le restablezca el equilibrio económico del Contrato que, como ya se analizó, debe repararse por cuanto se satisfacen los requisitos fácticos y normativos para su procedencia.

En relación con esta pretensión es del caso aclarar que, aun cuando en ella no se exprese, conforme a los hechos en los que se funda y las alegaciones de **CSR**, la condena que se reclama a título de restablecimiento corresponde al periodo de ejecución contractual que inició el 1 de septiembre de 2020, pues como se ha señalado tantas veces, las partes acordaron una compensación para restablecer el equilibrio para el periodo comprendido entre el 25 de marzo de 2020 y el 31 de agosto de 2020. Por consiguiente, la suma que se determine bajo esta súplica no cubre este último periodo, respecto del cual el restablecimiento fue acordado por las partes con fuerza de transacción.

Para adoptar esta determinación, el laudo se apoya en el peritaje de Esfinanzas.

Dicha experticia concluyó que durante el lapso entre el 1 de septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2021 se presentó una diferencia de tráfico de 458.355 que equivale a \$ 5.180.469.312, en pesos de diciembre de 2004, en detrimento de **CSR** (p. 17).

Dicha suma se actualizó en el peritaje para obtener el valor a octubre de 2021, (fecha de elaboración del dictamen), lo que arrojó una suma de \$ 10.183.291.810, como “compensación adecuada para restablecer el equilibrio del Contrato de Concesión” por el impacto económico que sufrió **CSR** entre el 1 de septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2021.

Respecto de esta cifra, resulta pertinente precisar que según lo sostenido por el experto Guzmán en la audiencia en la que absolvió el interrogatorio, que el valor correspondiente a la compensación por el periodo entre 1 de septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2021, sumado al ingreso generado, no desborda el ingreso esperado. El perito calculó la diferencia entre el ingreso esperado y el ingreso generado en \$

31.004.946.921 actualizado a marzo de 2022<sup>41</sup>. Por consiguiente, la cifra con la que se compensa el desequilibrio correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2021 se encuentra dentro del margen entre ingreso esperado e ingreso generado.

Con base en lo expuesto, se declarará que prospera la pretensión décima octava de la demanda reformada.

## **5. Las pretensiones décima a décima séptima**

Por referirse a una materia común, el laudo se ocupa del conjunto de pretensiones que se estudian a continuación.

La parte Convocante solicita lo siguiente:

*“Décima: Que se declare que con posterioridad al día 11 de noviembre de 2014, fecha de la celebración del Otrosí No. 10 de 2014 al Contrato de Concesión, se han presentado circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario (diferentes a aquellas relacionados con la pandemia del Coronavirus COVID 19), descritas en los hechos de la demanda, que han alterado la ecuación económica del Contrato de Concesión por cuenta de la disminución de tráfico e ingresos sufrida por el proyecto concesionado”.*

*“Décima Primera: Que se declare que, mediante comunicaciones GIC-BG-2020-0507 del 14 de abril de 2020 y GIC-BG-2021-1042 del 28 de junio de 2021, el Concesionario, en los términos del numeral 1, inciso 2, del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, efectuó solicitud a la ANI para que procediera de inmediato a restablecer la ecuación económica del Contrato de Concesión ocasionada por circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario (diferentes a aquellas relacionados con la pandemia del Coronavirus COVID 19), descritas en los hechos de la demanda”.*

*“Décima Segunda: Que se declare que, en los términos de la Ley 80 de 1993 y las normas que la han modificado y complementado, el Concesionario no está obligado a soportar los efectos desfavorables que han alterado la ecuación económica del mismo, representados en la disminución de tráfico e ingresos del proyecto concesionado que se ha presentado con ocasión de circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario, descritas en los hechos de la demanda”.*

*“Décima Tercera: Que se declare que la ANI tiene la obligación de restablecer al Concesionario la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada como consecuencia de la disminución del tráfico en el proyecto concesionado con posterioridad al 11 de noviembre de 2014 ocurrida con ocasión de circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario (diferentes a aquellas relacionados con la pandemia del Coronavirus COVID 19), descritas en los hechos de la demanda”.*

*“Décima Cuarta: Que se declare que la ANI no ha restablecido al Concesionario la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada con posterioridad al 11 de noviembre de 2014 por la disminución del tráfico con ocasión de*

---

<sup>41</sup> Transcripción de la declaración, p. 15.

*circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario (diferentes a aquellas relacionados con la pandemia del Coronavirus COVID 19), descritas en los hechos de la demanda”.*

*“Décima Quinta: Que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las Pretensiones anteriores, y, particularmente, en aquellas contenidas en las Pretensiones Novena y Décima Cuarta, se declare que la ANI ha incumplido el Contrato de Concesión y debe, en consecuencia, indemnizar los perjuicios causados”.*

*“Décima Sexta: Que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las Pretensiones anteriores, y, particularmente, en aquellas contenidas en las Pretensiones Cuarta, Quinta y Décima, se declare que el Concesionario no recibió oportunamente la remuneración pactada y se alteró y modificó en su contra el valor intrínseco de la misma”.*

*“Décima Séptima: Que se declare que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las Pretensiones anteriores y, particularmente, en aquellas contenidas en las Pretensiones Cuarta, Quinta, Décima y Décima Sexta, el Concesionario no podrá recibir el “Ingreso Esperado” (tal como este término se define en el Contrato de Concesión) en el plazo previsto contractualmente para tal fin”.*

## 5.1 Posición de la Convocante

**CSR** sostiene que con posterioridad al Otrosí núm. 10 y en adición a las afectaciones ocasionadas por la pandemia, se presentaron otras circunstancias externas que también afectaron el ingreso del Concesionario. Dichas situaciones se relacionan con “alteración del orden público (Paros Nacionales) y/o cierres viales por diversas circunstancias”, ninguna de ellas atribuible a **CSR**.

En la p. 37 bajo el hecho 71<sup>o</sup> se relacionan los 16 eventos que, según **CSR**, impactaron desfavorablemente el recaudo, para un total de 622.642 vehículos en los peajes de Gualanday y El Chicoral. La valoración de estas pretensiones las concretó **CSR** en las alegaciones finales, particularmente con apoyo en el peritaje a cargo de la firma Trígono así como en el ejercicio hecho por la firma Esfinanzas.

**CSR** precisó que estos eventos, relacionados con cierres viales por causas de la naturaleza y por obras en el Túnel de la Línea, ocurrieron fuera del corredor que es objeto del Contrato, pero su ocurrencia tuvo impacto directo en el tráfico de la vía objeto de la Concesión. La duración de estos eventos, según el alegato de **CSR**, fue de 186 días y tuvo como efectos la disminución del tráfico y la consecuente reducción del recaudo, en detrimento del Concesionario.

Estos eventos son circunstancias imprevisibles acaecidas con posterioridad a la celebración del Contrato que han tenido impacto en **CSR** consistente en la disminución de la remuneración que le ha impedido obtener el Ingreso Esperado, por lo cual solicita el restablecimiento del equilibrio al amparo de la Teoría de la Imprevisión.

Para **CSR**, los 16 eventos por los que reclama y los efectos de la pandemia hicieron que el Contratista no alcanzara el ingreso esperado pactado en el Contrato, en tanto no alcanzó dicho valor en el plazo en el que se estipuló en el Contrato.

Según **CSR**, se trata de situaciones que “no son tipificables, ni estimables” que constituyen riesgos imprevisibles que están siempre a cargo de la entidad pública contratante.

## **5.2 Posición de la demandada**

Para la ANI los hechos que se invocan en este grupo de pretensiones “son propios del desarrollo contractual” (Vd. Oposición a la pretensión décima) y se trata de riesgos que fueron asignados y cuantificados, en particular en los numerales 12.1., 12.4. y 12.9.

En cuanto al impacto de las obras del Túnel de la Línea, ANI señaló que comenzaron incluso con anterioridad de tres años a la suscripción del Contrato, por lo cual se trata de una situación que no era imprevista, ni extraordinaria, sino que ante la condición de profesional de **CSR**, ha debido prever que podían ocurrir las contingencias derivadas de la actividad constructiva del Túnel, por las que ahora reclama.

Según ANI, las afectaciones derivadas de las obras del Túnel de la Línea fueron cubiertas en el Otrosí núm. 15 y por lo tanto no existe desplazamiento alguno que deba ser restablecido por la entidad. Adicionalmente, para ANI el Concesionario no solicitó el restablecimiento del equilibrio en oportunidad, ni tampoco invocó circunstancias ajenas a la pandemia para ese propósito. Para ANI resulta contrario a la buena fe la solicitud de restablecimiento después de siete años desde la ocurrencia de los eventos a los que se refiere este grupo de pretensiones, por lo cual solicita que se nieguen las reclamaciones que se solicitan, entre otras razones, porque no fueron discutidos con anterioridad, lo cual “rompe con la igualdad de las partes”.

Para ANI, según el texto del Contrato y el esquema de riesgos “los paros nacionales, los cierres viales por Obra y los cierres viales por Eventos de la Naturaleza son contingencias asignadas a la Convocante y, por lo tanto, son de entera asunción y responsabilidad” (p. 113 de la contestación).

Los hechos por los que se reclama en este grupo de pretensiones corresponden a los riesgos comercial, de evasión, por cobro de peajes, de cartera que fueron asignados en el Contrato a **CSR**, por lo cual, no hay lugar a compensación a su favor, amén que los hechos de la naturaleza también fueron asumidos por el Concesionario.

Frente a este grupo de pretensiones, la ANI propuso igualmente las siguientes excepciones:

“3.2. La concesionaria San Rafael pretende desconocer los riesgos asumidos con la suscripción del Contrato de Concesión No. 007 de 2007”.

“3.3. La forma de remuneración pactada en el Contrato de Concesión impide el reconocimiento de las pretensiones incoadas por la concesionaria San Rafael”.

“3.4. Inexistencia de hechos imprevistos e imprevisibles que afecten la ejecución y la ecuación financiera y económica del Contrato de Concesión No. 007 de 2007; los eventos descritos por la Convocante como desequilibrantes no pueden entenderse como hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor”.

“3.5. Venire contra factum non valet: la Concesionaria San Rafael pretende desconocer la buena fe contractual con la suscripción del Otrosí No. diez (10) y reafirmada en el Otrosí No. quince (15)”.

“3.6. De la inexistencia de desequilibrio económico del Contrato de Concesión 007 de 2007”.

En sus alegaciones, ANI concluyó que, en relación con eventos como el paro armado, no hubo demostración de la relación de causalidad entre dicho evento y la afectación del tráfico en la vía objeto de la Concesión. En cuanto a los cierres viales por deslizamientos o construcciones, no hay prueba o información que permita comprobar la postura de **CSR**.

Respecto de las posiciones del Ministerio Público y de la ANDJE, se reitera lo sintetizado en acápite anterior de este laudo cuando se hizo referencia a la oposición de ambos intervinientes a las pretensiones cuyo objeto es el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, argumentos que se reiteran respecto del grupo del que se ocupa el laudo.

### **5.3 Consideraciones del Tribunal**

#### **5.3.1 La pretensión décima**

Con el objeto de resolver esta pretensión, cuyo marco temporal se refiere a un lapso posterior al 11 de noviembre de 2014 (fecha de suscripción del Otrosí núm. 10), el laudo se ocupará de examinar las pruebas relacionadas con los 16 eventos por los que se reclama y que se relacionan en el hecho 71º de la demanda reformada.

El análisis acerca de la ocurrencia y contenido de estos eventos se hará con apoyo en el peritaje de parte de Trígono que fue aportado en oportunidad por **CSR**. A la par de este análisis, se tendrán en consideración los argumentos expuestos por ANI respecto de estas situaciones.

Los eventos que a juicio de **CSR** afectaron el equilibrio del Contrato en este frente pueden agruparse en dos categorías generales, según el origen o la causa que tuvieron.

En primer lugar, existen unos eventos que están relacionados con paros o protestas sociales que, según **CSR**, afectaron el tráfico en el corredor vial objeto de la Concesión. En este grupo pueden incluirse los siguientes eventos, según la nomenclatura contenida en el hecho 71º de la demanda reformada:

1. Paro camionero nacional
2. Paro agrario nacional y paro camionero nacional
3. Paro nacional de transporte público
4. Paro nacional sindical, paro cívico Buenaventura
11. Paro cívico nacional
12. Paro nacional camionero
13. Paro cívico nacional
15. Paro armado ELN

En segundo lugar, se encuentran cierres viales que ocurrieron por eventos de la naturaleza y por la necesidad de adelantar algunas obras, incluso en corredores viales distintos al correspondiente al Contrato. Esos eventos son los siguientes:

6. Cierre total por deslizamiento – Alto de la Línea
7. Cierre total por deslizamiento – Alto de la Línea
8. Derrumbe bloquea paso a 1 carril – Alto de la Línea
9. Caída banca, desvío vehicular, autorización policía carreteras por sector de las Letras vía Manizales
10. Cierre alterno del sector de la Línea por derrumbe
14. Caída de banca, desvío vehículos, autorización policía carreteras por sector de las Letras vía Manizales
16. Cierre total por inauguración y puesta en funcionamiento del Túnel de la Línea.

Respecto de la prueba de la ocurrencia de los eventos a los que se refiere esta pretensión, el laudo se remite, de modo principal, al dictamen de parte de la firma Trígono, cuyo objeto, es “validar la ocurrencia de eventos de orden público, eventos de cierres viales por obras y eventos de la naturaleza” que pudieron afectar el tráfico

y “cuantificar técnicamente la afectación del volumen del tránsito en los peajes por la ocurrencia de tales eventos”<sup>42</sup>.

En cuanto a la “*validación de la existencia de los eventos*”, no pasa por alto que el ejercicio del peritaje consistió en recopilar información que se encontraba disponible, en su mayoría, en la prensa y en portales de internet, esto es “en los diarios y fuente públicas disponibles con el objetivo de confirmar las fechas de inicio y determinar la duración de los mismos”<sup>43</sup>. Sin embargo, como se verá más adelante, en gran parte de los eventos, la experticia no logró determinar tal duración.

El peritaje señala que se presentaron derechos de petición a diferentes entidades, “sin tener respuestas satisfactorias”<sup>44</sup>.

Dicha circunstancia fue también advertida por la ANI, que señaló que las fuentes empleadas en el dictamen no resultan idóneas por tratarse de información de prensa que no coincide con información oficial (núm. 3.1.18. de los alegatos). De igual manera, respecto de la metodología utilizada en el peritaje, la ANI advirtió que “*se hace empleo de elaborados silogismos sin sustento de sus premisas y que evocan en claras falacias*” (núm. 3.1.13. de los alegatos).

Hechas estas advertencias y a sabiendas del origen de la información plasmada en el dictamen respecto del primer grupo de eventos, esto es aquellos relacionados con los paros y movimientos sociales, se encuentra que el dictamen contiene la información acerca de su ocurrencia en una “*ficha técnica*” que, como se anotó, proviene de fuentes periodísticas que coinciden en informar acerca de la ocurrencia de tales eventos, en las fechas que se indican en el peritaje. En otras palabras, el dictamen permite concluir, según la información recopilada, que los paros a los que se refiere la pretensión, en realidad ocurrieron y además agrega una descripción de carácter periodístico acerca de las posibles causas y promotores de dichas protestas.

Si bien la experticia da cuenta de la ocurrencia de los paros que invoca **CSR** y, en términos generales, la época de su acaecimiento, no en todos los casos existe certeza acerca de la fecha de terminación de tales movimientos, ni tampoco de la duración de algunos eventos, lo cual entraña una dificultad para determinar con precisión la incidencia de los eventos en la ejecución contractual.

Es así como, por ejemplo, respecto de algunos paros el dictamen no ofrece la precisión necesaria y esperada para determinar –con la certeza que exige este ejercicio– la

---

<sup>42</sup> Dictamen pericial, p. 18. El peritaje incluye una “ficha técnica” con la descripción de los eventos cuyas fuentes principales de información son los periódicos El Tiempo, La República y Portafolio, así como resoluciones del Invías.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>44</sup> *Idem*.

incidencia de los referidos eventos en la ecuación económica del Contrato, lo cual resulta indispensable para que la solicitud de restablecimiento se pudiera abrir paso:

- Evento 1, el peritaje anota: “Se asume fecha de finalización del evento el día del cierre de las negociaciones según El Tiempo”.
- Evento 5, el peritaje indica: “Se modificaron las fechas relacionadas con Concesionaria San Rafael”.
- Evento 11, el peritaje señala: “No se puede determinar la fecha de finalización”. La duración validada no está definida.
- Evento 12, el peritaje señala: “No se puede determinar la fecha de finalización”. La duración validada no está definida.

Respecto de este primer grupo de eventos se concluye que el peritaje, con apoyo en información de prensa principalmente, da cuenta de la ocurrencia de los paros y movimientos sociales que tuvieron lugar en alguna época reciente del país, contiene una somera descripción de dichos movimientos y, en algunos casos, incluye referencias de sus promotores. Sin embargo, no en todos estos eventos existe certeza acerca de su duración. En adición, tampoco existe información concreta, certera, ni comprobada acerca de la incidencia o afectación que dichos eventos pudieron tener en el tráfico de la Concesión, al margen del ejercicio de cuantificación del que se ocupa el laudo más adelante.

Por otra parte, en cuanto a los cierres viales acaecidos por obras y eventos de la naturaleza, el peritaje de Trígono contiene algunas informaciones que merece destacarse:

- Evento 6, el dictamen señala: “No se puede determinar la fecha de finalización”. La duración validada no está definida.
- Evento 7, el dictamen anota: “No se puede determinar la fecha de finalización”. La duración validada no está definida.
- Evento 8, el dictamen señala que la duración se “asume 2 días ya que La FM dice ‘tras más de 24 horas de cierre fue habilitado el paso vehicular’”.
- Evento 9, el peritaje indica: “No se puede determinar la fecha de finalización”. La duración validada no está definida.
- Evento 10, el peritaje señala: “No se puede determinar la fecha de finalización”. La duración validada no está definida.
- Evento 14, el peritaje señala: “No se puede determinar la fecha de finalización”. La duración validada no está definida.

En la misma línea de lo advertido anteriormente, respecto de los cierres en la vía ocurridos por obras o eventos de la naturaleza, tampoco existe información precisa en relación con la duración de dichos eventos, ni tampoco con la incidencia en el tráfico

en la vía objeto de la Concesión. El peritaje remite a información –en su mayoría– proveniente de medios de comunicación y de páginas de internet acerca del acaecimiento de los cierres, pero que no brinda certeza respecto de la duración de estos eventos, ni mucho menos sobre la incidencia precisa en el tráfico de la vía.

La segunda parte del peritaje de Trígono contiene lo que denomina una cuantificación técnica del volumen de tránsito por los eventos cuya ocurrencia fue constatada en información periodística. Dicho trabajo se hizo con apoyo en modelos de Series de Tiempo a partir de un lapso de observación de 1 de enero de 2014 hasta el 30 de junio de 2021. El objeto de dichos modelos es determinar si los eventos influyeron en el tránsito vehicular por los peajes y cuantificar la afectación.

Según el texto del peritaje y los interrogatorios absueltos por quienes tuvieron a su cargo el trabajo, el modelo utilizado consiste –en líneas generales– en un trabajo de estadística que toma en cuenta datos correspondientes a un período consolidado (serie original) y los proyecta en otra serie de la cual no existen datos (serie proyectada). De esta forma la diferencia entre la serie original y la serie proyectada arroja los vehículos que han debido pasar o que dejaron de pasar en el periodo correspondiente.

Por supuesto que sin desconocer el trabajo hecho por los peritos ni su esfuerzo para justificar sus conclusiones en el interrogatorio que fue absuelto, se encuentra, en términos generales, que dicho trabajo se basa en proyecciones y estimaciones hechas a partir de modelos de estadística que arrojan unos datos que, en estricto rigor, no brindan la certeza que se requiere para determinar, con el mayor grado de precisión, la afectación que sufrió el tráfico vehicular y, de esa forma, poder cuantificar el pretendido desequilibrio económico que reclama **CSR**.

A la luz de los criterios consagrados en el artículo 232 del Código General del Proceso, revisado el contenido del peritaje de Trígono en forma conjunta con la demás información que obra en el proceso, dicha experticia no ofrece la solidez, ni la precisión que requiere un trabajo pericial con base en el cual se pide un restablecimiento del equilibrio contractual de la magnitud del que se reclama en este frente.

Es así como, por ejemplo, mediante el documento que contiene la prueba por informe remitida por la Policía Nacional con fecha 7 de junio de 2022 con destino a este proceso, dicha autoridad señaló que el paro promovido por el ELN en febrero de 2018 (Evento 5) no registró afectaciones armadas en la vía Girardot – Ibagué – Cajamarca y las acciones desarrolladas durante este evento ocurrieron, de modo principal, en Arauca y Cesar.

La misma respuesta se dio en relación con el paro de febrero de 2020 (Evento 15), esto es que no se presentaron afectaciones armadas en la vía Girardot – Ibagué – Cajamarca. Las acciones desarrolladas durante este evento tuvieron lugar, principalmente, en Cesar y Norte de Santander.

En términos del concepto del señor agente del Ministerio Público, para decretar el restablecimiento del equilibrio económico “no basta que se hayan cuantificado a partir de simulaciones financieras los valores supuestos que dejaron de recaudarse por vía de cobro de peajes en virtud de hechos que posiblemente redujeron el tráfico vehicular en la zona concesionada en las condiciones alegadas por la concesionaria”<sup>45</sup>.

Respecto de esta metodología, el peritaje de Esfinanzas puntualizó que en el trabajo de Trígono se “calculó la diferencia entre el tráfico que los modelos estadísticos **predicen debió pasar** por cada caseta de peaje y el tráfico que realmente pasó”<sup>46</sup> (se enfatiza). La valoración consignada líneas atrás respecto de la experticia de Trígono se corrobora por esta puntualización según la cual, el ejercicio estadístico antes que ofrecer la certeza y precisión en que debe fundarse una decisión de restablecimiento, contiene predicciones respecto del tráfico que “debió pasar”.

Ahora bien, en lo que respecta a otro componente de la pretensión, esto es la valoración de la alteración del equilibrio económico, **CSR** se apoya en el dictamen de Esfinanzas que trabajó a partir de las cifras contenidas en la experticia de Trígono. En efecto, al responder la pregunta 5 del peritaje de Esfinanzas (páginas 19 y 20), se señala que dicho ejercicio toma pie en las conclusiones de Trígono, y es “a partir de dicha información” que se calcula la diferencia en el recaudo que **CSR** dejó de percibir.

En tanto, el trabajo de Esfinanzas está encaminado en este punto a cuantificar el desequilibrio para lo cual parte de las conclusiones y de las cifras consignadas en la experticia de Trígono, respecto de las cuales el laudo ha sentado su posición, los cálculos de Esfinanzas tampoco resultan conducentes para tasar con la certeza y precisión que se requieren, el desequilibrio que reclama **CSR**.

Con arreglo a las consideraciones que se han expuesto, se concluye que a pesar de que en el expediente obren noticias acerca de los hechos en los que se sustenta la pretensión décima de la demanda, en lo que atañe a las “circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevisibles, no atribuibles al Concesionario” y, en particular, el impacto de tales eventos en la ecuación económica del Contrato, no resultaron acreditados. Por consiguiente, como quiera que estas circunstancias constituyen el núcleo de la pretensión, en función de la cual se estructura la solicitud

---

<sup>45</sup> Concepto del Ministerio Público, p. 41.

<sup>46</sup> Peritaje de Esfinanzas, p. 19.

de restablecimiento del equilibrio económico, se declarará que no prospera la pretensión décima de la demanda reformada.

Por último, en lo que se refiere a la evasión del peaje Chicoral y la posible afectación que haya tenido en los ingresos de **CSR**, al margen de algunas declaraciones testimoniales<sup>47</sup> que describieron esta situación fáctica, no se encuentran mayores elementos probatorios que acrediten el impacto de esa situación en la economía del Contrato. Los peritajes de parte que fueron aportados por **CSR** no contienen datos específicos ni precisos respecto de esta situación, al punto que en las alegaciones de la Convocante tampoco hubo una concreción respecto de los efectos que esta situación pudo tener en la economía del Contrato.

### 5.3.2 La pretensión décima primera

Respecto de la comunicación con referencia GIC-BG-2020-0507<sup>48</sup> de 14 de abril de 2020, el laudo se remite a las consideraciones que se hicieron al estudiar la pretensión sexta en donde se precisó que mediante dicho escrito **CSR** solicitó a la ANI instalar “mesas de trabajo” para analizar los efectos de la pandemia “con el fin de construir en conjunto los mecanismos idóneos y suficientes para enervar la derivaciones nocivas que se presentarán (sic)”.

En lo que resulta pertinente para esta pretensión, en la comunicación reseñada **CSR** hizo referencia a las medidas adoptadas por INVÍAS para acelerar la terminación de la obra del Túnel de la Línea, que provocaron una restricción del tráfico en algunos horarios, en la vía que es objeto del Contrato.

En el expediente obra igualmente la comunicación con referencia GIC-BG-2021-1042<sup>49</sup> del 28 de junio de 2021 en la que el representante legal de **CSR** informa a la ANI acerca de otros eventos, en adición a la pandemia, que han afectado el ingreso del Concesionario, relacionados con: i) paros nacionales; ii) cierres viales por obra; iii) cierres viales por eventos de la naturaleza; iv) evasión del peaje Chicoral, según **CSR**, todos ajenos al Concesionario.

En dicha comunicación **CSR** manifestó la existencia de un desequilibrio del Contrato por los eventos que se enuncian y solicitó adelantar conversaciones en aras de encontrar un restablecimiento a favor del Concesionario.

---

<sup>47</sup> Sobre el particular declaró el ingeniero Orlando Mauricio Rivera Domínguez en audiencia de 7 de abril de 2022 quien ilustró acerca de la situación relacionada con la esa evasión. La ingeniera Diana Gutiérrez de Piñeres Botero también hizo alguna referencia a esta situación en la audiencia de 14 de junio de 2022.

<sup>48</sup> Carpeta 01. Pruebas Demanda Inicial

<sup>49</sup> Carpeta 06. Pruebas Dda. Principal Reformada

Bajo consideraciones semejantes a las que se tuvieron al examinar la pretensión sexta de la demanda reformada, no se encuentra que, en estricto sentido, las comunicaciones bajo examen contengan una “solicitud a la ANI para que procediera de inmediato a restablecer la ecuación económica”, como se indica en la pretensión décima primera. **CSR** advirtió a la entidad acerca de la existencia de la afectación en su ingreso, de la reserva consignada en el Otrosí núm. 15 y propuso –a manera de invitación– trabajar en forma conjunta para restablecer el equilibrio del Contrato.

Al margen de que dichas comunicaciones no contengan, en rigor, una “solicitud” para restablecer “de inmediato” el equilibrio económico –como se indica en la pretensión décima primera– se considera que, en esencia, cumplieron con el objeto para el que fueron remitidas, vale decir, informar a la entidad acerca de la afectación de la ecuación económica por cuenta de situaciones imprevistas y no imputables a **CSR**, en particular aquellos eventos relacionados con los cierres viales y con los paros nacionales, y proponer un trabajo mancomunado para mitigar dicha situación.

Con este alcance y en la medida en que mediante las comunicaciones reseñadas **CSR** puso en conocimiento de la ANI, en forma oportuna, la afectación del equilibrio económico del Contrato se declarará que prospera la pretensión décima primera de la demanda reformada.

### **5.3.3 Las pretensiones décima segunda, décima tercera y décima cuarta**

La pretensión décima segunda tiene por objeto que se declare que **CSR** no está obligada a “a soportar los efectos desfavorables que han alterado la ecuación económica del mismo” consistentes en la disminución de tráfico y de ingresos del Concesionario, por cuenta de las circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles a las que se refieren, en particular, las pretensiones décima y décima primera.

Como se ha concluido en recientes acápites de este laudo, respecto de eventos diferentes a la pandemia, no se acreditó que dichos fenómenos, en particular los paros y los cierres de las vías, hayan causado una disminución de tráfico vehicular y una reducción de los ingresos del Concesionario, al punto de haber generado un rompimiento del equilibrio económico del Contrato. Por las mismas consideraciones, tampoco se concluyó acerca de la existencia de efectos desfavorables que hayan alterado la ecuación económica del Contrato, en desmedro de **CSR**.

En esa línea de análisis, al no haberse demostrado la existencia de los “efectos desfavorables” ni de la ruptura del equilibrio económico como consecuencia de los paros y de los cierres viales, la pretensión décima segunda no está llamada a prosperar.

Como consecuencia de lo que se ha consignado en este frente, no se accederá a declarar que la ANI tiene la obligación de restablecer la ecuación económica del Contrato por su pretendida alteración como consecuencia de eventos diferentes a la pandemia, por cuanto, como ya es reiterado, no resultó acreditada dicha afectación del equilibrio económico del Contrato por esos eventos y, por consiguiente, no hay lugar a declarar que ANI tiene obligación de restablecimiento del equilibrio contractual. Por consiguiente, se declarará que no prospera la pretensión décima tercera de la demanda reformada.

En relación con la pretensión décima cuarta, no se accederá a la declaración que solicita por cuanto, aun cuando en sentido literal, es cierto que la ANI no ha restablecido el equilibrio económico del Contrato por eventos distintos a la pandemia, ocurridos con posterioridad al 11 de noviembre de 2014, se ha concluido que en este punto, la entidad no tiene obligación de restablecimiento, que es en últimas lo que buscan este grupo de pretensiones. Por lo tanto, en el contexto de estas pretensiones y en el entendimiento de que la décima cuarta es un escalón hacia la declaración de incumplimiento del Contrato y a la obligación de restablecer el equilibrio económico, no hay lugar a acceder a lo que en ella se solicita.

### **5.3.4 La pretensión décima quinta**

Con esta pretensión **CSR** aspira a que se declare, como consecuencia de las pretensiones anteriores, en particular la novena y la décima cuarta, que ANI incumplió el Contrato. Aun cuando en la pretensión no se precisa el incumplimiento que se le atribuye a la ANI, del contexto de las pretensiones a las que se remite y de la *causa petendi* puede colegirse que dicho incumplimiento consiste en no haber restablecido el equilibrio económico del Contrato, como lo solicita **CSR** en este grupo de pretensiones.

En lo que concierne al desequilibrio causado por la pandemia durante el periodo entre 1 de septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2021, se concluyó que se trata de un fenómeno imprevisto e imprevisible, ajeno a ambas partes del Contrato y, para lo que atañe a esta pretensión, no es atribuible a la ANI. Cosa diferente es que, por las razones consignadas en acápite anteriores de este laudo, se haya concluido que **CSR** tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico. Conforme al régimen legal vigente, en particular el artículo 5, núm. 1 y el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en circunstancias como las que se determinaron respecto de la pandemia, dicho restablecimiento del equilibrio está a cargo de la entidad contratante.

De lo anterior no se deduce incumplimiento contractual de la entidad demandada por el desequilibrio económico ocurrido en entre 1 de septiembre de 2020 y el 31 de

octubre de 2021, ni mucho menos por períodos anteriores cuando, por el contrario, está acreditado que la ANI giró sumas importantes a **CSR** a título de compensación.

En cuanto al pretendido desequilibrio del Contrato por cierres viales por obras y paros, se concluyó que no hay lugar a ordenar restablecimiento económico alguno por cuanto no se verificó la afectación de **CSR** por el alegado desequilibrio. Por consiguiente, en este frente, con mayor razón tampoco hay lugar a declarar incumplimiento del Contrato por parte de la ANI.

En el contexto acotado, se declarará que no prospera la pretensión décima quinta de la demanda reformada.

### **5.3.5 La pretensión décima sexta**

Respecto de esta pretensión, se hace necesario distinguir lo siguiente para su decisión. En armonía con las consideraciones expuestas en el laudo al estudiar las pretensiones cuarta y quinta, que se abren paso, respecto del periodo entre 1 de septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2021 y como consecuencia de las medidas adoptadas durante la pandemia, hay lugar a declarar también que **CSR** no recibió la remuneración pactada que se alteró en detrimento suyo, en términos generales, por una reducción de los ingresos.

No puede concluirse lo mismo respecto de la pretensión décima que no alcanza prosperidad, toda vez que no se demostró la ocurrencia de un desequilibrio del Contrato en perjuicio de **CSR** como consecuencia de los paros y de cierres viales por obras o por causas de la naturaleza, ni de la afectación en la remuneración del Contratista por cuenta de esos eventos. Por consiguiente, respecto del contenido de la pretensión décima, la décima sexta no prosperará.

Por las razones expuestas, se declarará que prospera parcialmente la pretensión décima sexta de la demanda reformada.

### **5.3.6 La pretensión décima séptima**

Respecto de esta pretensión, se debe distinguir en la medida en que se construye como consecencial de pretensiones anteriores, en particular la cuarta, quinta, décima y décima sexta.

En la medida en que se declarará que ocurrió el desequilibrio que se reclama en las pretensiones cuarta y quinta, vale decir aquel que se refiere a la afectación de la ecuación económica del Contrato durante el periodo entre 1 de septiembre de 2020 y

el 31 de octubre de 2021, como consecuencia de las medidas adoptadas durante la pandemia, se declarará que la pretensión décima séptima prospera respecto de las declaraciones a las que se refieren las pretensiones cuarta y quinta.

No ocurrirá lo mismo respecto del desequilibrio que se reclama en la pretensión décima, que no se abre paso y por consiguiente, respecto de dicho desequilibrio la pretensión décima séptima no tiene prosperidad. Lo anterior va a hilo de lo resuelto respecto de la pretensión décima sexta.

Por las razones expuesta, se declarará que prospera en forma parcial la pretensión décima séptima de la demanda.

## **6. La pretensión décima novena**

En tanto en la pretensión décima novena se pide la condena correspondiente a las declaraciones solicitadas en las pretensiones décima tercera y décima cuarta y ninguna de estas será acogida, es forzoso concluir que al no haber declaración que respalde la consecuencial condena, la pretensión décima novena no está llamada a prosperar.

## **7. La pretensión subsidiaria a la décima novena**

Tampoco habrá lugar a ordenar a la ANI que adopte medidas tendientes a restablecer el equilibrio económico del Contrato por cuanto, como se ha puntualizado tantas veces, no se acreditó la ruptura de la ecuación económica por cuenta de los paros y de los cierres viales. Por consiguiente, al no haberse demostrado el desequilibrio en este punto, tampoco hay lugar a ordenarle a ANI la adopción de ninguna medida para conjurar dicha situación.

Por consiguiente, no prospera la pretensión subsidiaria a la décima novena.

## **8. La pretensión vigésima**

**CSR** solicita que se condene a la ANI a pagarle intereses de mora sobre la condena que se impondrá, que en este caso se contrae a la que fue pedida en la pretensión décima octava, que prospera.

Al respecto se considera que la obligación por la cual la ANI debe restablecer el equilibrio económico del Contrato por los hechos analizados en esta providencia surge y es exigible a partir de la ejecutoria de esta providencia. Por consiguiente, en la medida en que dicha prestación no había nacido y no era exigible antes de la

declaración contenida en este laudo, no hay lugar a condenar a la ANI a pagar intereses de mora sobre una prestación que no existía.

Por consiguiente, en la medida en que no existía declaración de la obligación a cargo de la ANI de restablecer el equilibrio económico del Contrato mediante el pago de la suma de dinero que se señala en esta providencia, tampoco es procedente imponer condena al pago de intereses moratorios por una suma que no se había determinado.

En cuanto a los intereses corrientes o remuneratorios que se piden en la pretensión primera subsidiaria a la vigésima, la obligación de reconocerlos supone la certeza respecto de la suma de dinero que constituye el capital y respecto de la cual se solicita la causación de los respectivos intereses.

Ahora bien, la certeza respecto de esta cifra se obtiene con la presente providencia en la que se liquida la suma mediante la cual se restablece el equilibrio económico del Contrato. Por consiguiente, en la medida en que la existencia de la obligación de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato estaba indeterminada, no hay lugar a imponer la condena al pago de intereses moratorios ni corrientes, conforme se solicita en la pretensión vigésima y en su primera subsidiaria.

El Tribunal accederá a reconocer la corrección monetaria que se solicita en la pretensión segunda subsidiaria de la vigésima, actualización que se aplicará sobre la suma de condena que se decreta por la pretensión décima octava, en observancia de lo expresado por la Corte Suprema de Justicia “[e]n todo caso, la naturaleza de la indexación no es resarcitoria ni hace parte del objeto de la pretensión, sino que es una simple variación de las condiciones externas del perjuicio, debido a la depreciación que sufre el dinero en el tiempo por la incidencia de ciertos factores de la economía; por lo que el juez está facultado para decretarla aún de oficio, pues lo contrario supondría la aceptación de una situación inequitativa en contra del acreedor”<sup>50</sup>.

En los términos de la pretensión segunda subsidiaria a la vigésima, dicha actualización se hará a partir de noviembre de 2021 y hasta la fecha de esta providencia, habida consideración de que la cifra contenida en el peritaje con apoyo en el cual se determina la condena se encuentra actualizada hasta octubre de 2021.

## **9. Pronunciamiento sobre las excepciones de ANI**

De conformidad con las consideraciones que se han expuesto, en las que se fundan las decisiones de las pretensiones relacionadas con la ruptura del equilibrio económico

---

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2014. Radicación. 08001-31-03-011-2008-00263-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

del Contrato, a continuación, se ocupa el laudo del pronunciamiento sobre las excepciones propuestas por ANI respecto de este grupo de pretensiones.

### **9.1 La Concesionaria San Rafael pretende desconocer los riesgos asumidos con la suscripción del Contrato de Concesión no. 007 de 2007**

Respecto del desequilibrio económico causado entre el 1 de septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2021, principalmente como consecuencia de las medidas adoptadas durante la pandemia, la excepción no tiene mérito para enervar este grupo de pretensiones. Como se expuso con detenimiento en acápites anteriores de este laudo, las medidas adoptadas en el contexto de la pandemia no constituyen un riesgo que haya sido asumido por **CSR** y, por lo tanto, en ese contexto, no hay lugar a concluir que el Contratista desconoció los riesgos asignados en el Contrato.

Respecto de la afectación que hubiera podido experimentar **CSR** por los cierres viales y por lo paros que tuvieron lugar después del 11 de noviembre de 2014, se concluyó que no hay lugar a disponer el restablecimiento económico del Contrato, por las consideraciones consignadas en esta providencia. En esa línea de decisión, con arreglo al artículo 280 del Código General del Proceso, respecto de este punto, en tanto no prosperan las pretensiones correspondientes, no procede resolver sobre la excepción que se estudia, propuesta frente a este grupo de pretensiones.

### **9.2 La forma de remuneración pactada en el Contrato de Concesión impide el reconocimiento de las pretensiones incoadas por la Concesionaria San Rafael**

Con esta excepción ANI sostiene que los dineros que reclama **CSR** por el desequilibrio del Contrato resulta contrario al esquema de remuneración y riesgos del Contrato amén de que los montos solicitados “se encuentran inmersos dentro de la fórmula de remuneración” de **CSR**.

En lo que se refiere a las pretensiones encaminadas a que se declare la existencia del desequilibrio económico causado entre el 1 de septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2021, principalmente como consecuencia de las medidas adoptadas durante la pandemia, la excepción no tiene mérito en la medida en que, como quedó precisado, dichas circunstancias constituyen un evento imprevisto y ajeno a **CSR** que desquició el equilibrio económico del Contrato. Por las razones expuestas en los capítulos respectivos de este laudo, al haberse desequilibrado el Contrato por hechos sobrevinientes, imprevistos y ajenos a **CSR** no es posible concluir que lo que se reclama se encuentra incluido en la fórmula de remuneración, ni que con dichas pretensiones se desconozca el esquema de remuneración.

Por el contrario, en la medida en que se concluyó que hubo un desequilibrio y que se verifican los requisitos dispuestos en el ordenamiento para su restablecimiento, hay lugar a disponer la respectiva compensación.

Respecto de la pretendida afectación que hubiera podido experimentar **CSR** por los cierres viales y por los paros que tuvieron lugar después del 11 de noviembre de 2014, en la medida en que no se dispondrá el restablecimiento económico del Contrato, con arreglo al artículo 280 del Código General del Proceso, respecto de este punto, no procede resolver sobre la excepción que se estudia, propuesta frente a este grupo de pretensiones.

### **9.3 Inexistencia de hechos imprevistos e imprevisibles que afecten la ejecución y la ecuación financiera y económica del Contrato de Concesión No. 007 de 2007; los eventos descritos por la Convocante como desequilibrantes no pueden entenderse como hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor**

Conforme se precisa en el núm. 3.4.9. de la contestación de la demanda reformada, ANI opone esta excepción frente a las pretensiones relacionadas con el desequilibrio por los paros nacionales, los cerramientos viales y la evasión tarifaria que, a juicio de la entidad, no son circunstancias imprevisibles ni imprevistas.

En ese contexto, en la medida en que estas pretensiones fracasan y no se dispondrá el restablecimiento económico del Contrato por la pretendida afectación que hubiera podido experimentar **CSR** por los cierres viales, los paros y la evasión de peajes que tuvieron lugar después del 11 de noviembre de 2014, con apoyo en el artículo 280 del Código General del Proceso, respecto de este punto, no procede resolver sobre la excepción que se estudia.

### **9.4 Venire contra factum non valet: la Concesionaria San Rafael pretende desconocer la buena fe contractual con la suscripción del Otrosí No. diez (10) y reafirmada en el Otrosí No. quince (15)**

Al sustentar esta defensa, ANI sostiene que en tanto con el Otrosí núm. 10 se “cubría la expectativa de remuneración, independientemente si a esa fecha se obtenía el ingreso esperado” (núm. 3.5.1.15 de la contestación), la presentación de la demanda por parte de **CSR** y, en concreto, las pretensiones de restablecimiento del desequilibrio resultan ser una conducta contraria a la buena fe y al principio de no venir contra los propios actos.

Si bien en el Otrosí núm. 10 las partes estipularon, entre otras cláusulas, la ampliación del objeto contractual, la extensión del plazo, así como algunas reglas relacionadas

con el Ingreso Esperado, en particular el no reconocimiento de sumas adicionales superiores a dicho Ingreso Esperado, no se encuentra que las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico contenidas en la demanda reformada de **CSR** impliquen una conducta contraria a la buena fe, ni que desconozca actos contractuales propios de **CSR**.

A juicio del Tribunal, las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico toman pie en hechos y circunstancias posteriores al 11 de noviembre de 2014 (fecha de suscripción del Otrosí núm. 10) que, según el entendimiento de la Convocante, fueron imprevistos, imprevisibles y ajenos a su control y afectaron el equilibrio económico del negocio jurídico.

Dentro de ese marco fáctico y jurídico, **CSR**, al amparo de normas legales y de estipulaciones contractuales, acudió al juez del Contrato para reclamar la declaración del desequilibrio y el restablecimiento correspondiente, se repite, por hechos que estimó sobrevinientes al Otrosí núm. 10, imprevistos, imprevisibles y que le son ajenos.

Con independencia de las consideraciones que se han consignado respecto de este grupo de pretensiones y de las decisiones que se derivan de aquellas, no se advierte que dicha conducta represente un comportamiento contrario a la buena fe, ni tampoco el desconocimiento de actos propios. Se trata del ejercicio de un derecho propio del contratista que se llevó a cabo conforme a los procedimientos legales y contractuales y, con el interés legítimo de salvaguardar sus derechos, bajo el entendimiento particular de la problemática contractual. Así mismo, como se ha reseñado en lo pertinente, **CSR** advirtió a la ANI acerca de sus salvedades respecto de las afectaciones que en su momento estimó no resarcidas.

Dicha conducta no se enmarca dentro de lo que le enrostra la ANI a **CSR** y, por consiguiente, se declarará que la excepción carece de fundamento, en los términos en los que fue planteada.

#### **9.5 De la inexistencia de desequilibrio económico del Contrato de Concesión 007 de 2007**

En armonía con las consideraciones que se han expuesto en párrafos anteriores relacionadas con las pretensiones que se estudian, es posible concluir que esta excepción carece de fundamento en relación con los efectos de las medidas sanitarias adoptadas con ocasión de la pandemia, para el período entre el 1 de septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2021. Como se ha precisado, el laudo concluyó que en este frente el Contrato se desequilibró en detrimento de **CSR** y que procede su restablecimiento.

Ahora bien, en lo que atañe a las pretensiones encaminadas a la declaración de ruptura del equilibrio económico del Contrato por la pretendida afectación que hubiera podido experimentar **CSR** por los cierres viales, los paros y la evasión de peajes que tuvieron lugar después del 11 de noviembre de 2014, conforme a lo consignado en este laudo, se le reconocerá fundamento a la excepción frente a aquellas pretensiones que se construyen en torno a estos hechos específicos y con el alcance precisado en esta providencia.

## **II. LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES CONTRACTUALES.**

El problema jurídico medular que ha sido planteado al Tribunal consiste en la petición de nulidad que realiza la demandante en relación con la cláusula 26 del contrato de concesión, que regula el procedimiento a ser aplicable frente a las disminuciones que han sido aplicadas por la Agencia Nacional de Infraestructura. En su criterio tanto la cláusula como el mencionado procedimiento devinieron nulos teniendo en cuenta las prescripciones señaladas por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, así como por la norma del artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

### **Las pretensiones de la Demanda**

En su escrito de demanda reformada, la Convocante señaló como pretensiones las siguientes:

#### **“2.2. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES CONTRACTUALES**

##### **2.2.1. DECLARATIVAS:**

*Vigésima Primera: Que se declare que las disminuciones de la remuneración del Concesionario previstas en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión en los casos de mora en el cumplimiento o por incumplimiento de las obligaciones allí previstas, son sanciones contractuales pecuniarias de apremio (multas) y, por lo tanto, les resultan aplicables los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.*

*Vigésima Segunda: Que se declare la nulidad de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión por contrariar los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 relativos al debido proceso sancionatorio contractual.*

*Primera Subsidiaria a la Vigésima Segunda: Que se declare la nulidad del procedimiento de contradicción previsto en el numeral 26.3 del Contrato de Concesión por contrariar los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 relativos al debido proceso sancionatorio contractual.*

*Segunda Subsidiaria a la Vigésima Segunda: Que se declare la nulidad sobreviniente de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión, por contrariar normas imperativas y de orden público relativas al debido proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.*

*Tercera Subsidiaria a la Vigésima Segunda: Que se declare la nulidad sobreviniente del procedimiento de contradicción previsto en el numeral 26.3 del*

*Contrato de Concesión, por contrariar normas imperativas y de orden público relativas al Debido Proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.*

*Vigésima Primera (sic): Que se declare la nulidad de los actos administrativos sancionatorios relativos al supuesto incumplimiento frente al Hito No. 17 relativo a la ejecución de la Segunda Calzada, expedidos con fundamento en el numeral 26.1.12 de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión, contenido en los siguientes oficios, por contrariar normas imperativas y de orden público relativas al debido proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011:*

*Vigésima Segunda. Que se declare la nulidad de los actos administrativos sancionatorios relativos al supuesto incumplimiento frente a la ejecución de la Ciclorruta Buenos Aires — Gualanday, con fundamento en el numeral 26.1.11 de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión, contenidos en los siguientes oficios, por contrariar normas imperativas y de orden público relativas al debido proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011:*

*Vigésima Tercera. Que se declare la nulidad de los actos administrativos sancionatorios relativos al supuesto incumplimiento por el Índice de Estado y Deflectometría del Pavimento, expedidos con fundamento en el numeral 26.1.10 de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión, contenidos en los siguientes oficios, por contrariar normas imperativas y de orden público relativas al debido proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011:*

*Vigésima Cuarta: Que se declare la nulidad de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.12) frente al Hito No. 17 relativo a la ejecución de la Segunda Calzada, por no haber dado aplicación a las normas imperativas y de orden público relativas al debido proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.*

*Primera Subsidiaria a la Vigésima Cuarta: Que, en el caso en que la imposición de la sanción prevista en la Cláusula 26 (numeral 26.1.12) frente al Hito No. 17 relativo a la ejecución de la Segunda Calzada por parte de la ANI y en contra del Concesionario se considere que es legal y procedente, se declare que la sanción es desproporcionada frente a la realidad del estado de la ejecución de la obligación y el avance de las obras.*

*Vigésima Quinta: Que se declare la nulidad de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.11) frente a la ejecución de la Ciclorruta Buenos Aires — Gualanday, por no haber dado aplicación a las normas imperativas y de orden público relativas al Debido Proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.*

*Primera Subsidiaria a la Vigésima Quinta: Que, en el caso en que la imposición de la sanción prevista en la Cláusula 26 (numeral 26.1.11) frente a la ejecución de la Ciclorruta Buenos Aires — Gualanday por parte de la ANI y en contra del Concesionario se considere que es legal y procedente, se declare que la sanciones desproporcionada frente a la realidad del estado de la ejecución de la obligación y el avance de las obras.*

*Vigésima Sexta: Que se declare que el Concesionario no adeuda suma alguna por concepto de saldo pendiente por disminuir respecto de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.11) frente a la ejecución de la Ciclorruta Buenos Aires — Gualanday.*

*Vigésima Séptima: Que se declare la nulidad de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.10) respecto del*

*Índice de Estado de la Vía y Deflectometría del Pavimento por no haber dado aplicación a las normas imperativas y de orden público relativas al Debido Proceso, así como los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.*

*Vigésima Octava: Que se declare que la ANI incumplió el Contrato de Concesión por haber hecho descuentos en la remuneración del Concesionario sin tener causa o habilitación legal para hacerlo y por haber vulnerado el Debido Proceso contenido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, por lo que debe indemnizar y reparar los perjuicios por el daño antijurídico causado...*

### **2.2.2 DE CONDENA:**

*Vigésima Novena: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario el equivalente a la totalidad de la suma de dinero descontada a título de sanción contractual frente al Hito No. 17 relativo a la ejecución de la Segunda Calzada, la cual asciende a la suma de \$7.906.349.205 con fecha de corte a 31 de octubre de 2021 o la suma que resulte probada.*

*Primera Subsidiaria a la Vigésima Novena: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario la suma de dinero que fije el Tribunal a partir de la determinación de la sanción en la proporción que estime el Tribunal.*

*Trigésima: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario el equivalente a la totalidad de la suma de dinero descontada a título de sanción contractual frente a la Ciclorruta Buenos Aires — Gualanday, la cual asciende a la suma de \$1.459.378.430 con fecha de corte a 31 de agosto de 2021 o la suma que resulte probada.*

*Primera Subsidiaria a la Trigésima: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario la suma de dinero que fije el Tribunal a partir de la determinación de la sanción en la proporción que estime el Tribunal.*

*Trigésima Primera: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario el equivalente a la totalidad de la suma de dinero descontada a título de sanción contractual respecto del Índice de Estado de la Vía y Deflectometría del Pavimento, la cual asciende a la suma de \$ 19.298.395.044,50 con fecha de corte a 31 de octubre de 2021 o la suma que resulte probada.*

*Primera Subsidiaria a la Trigésima Primera: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir en favor del Concesionario la suma de dinero que fije el Tribunal a partir de la determinación de la sanción en la proporción que estime el Tribunal.*

*Trigésima Segunda: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en el numeral 2.2.1. del presente acápite, se condene a la ANI a restituir todas las sumas que haya descontado al Concesionario con base en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión por aplicación de la disminución a la remuneración a partir del 1 de septiembre de 2021 y el 1 de noviembre de 2021, respectivamente, y hasta la fecha del Laudo.*

*Trigésima Tercera: Que sobre las sumas de condena del numeral 2.2.2. del presente acápite reconocidas por el Tribunal se condene a la ANI al pago de intereses moratorios a la tasa máxima vigente desde su fecha de causación hasta la fecha efectiva del pago.*

*Primera Subsidiaria a la Trigésima Tercera: Que sobre las sumas de condena del numeral 2.2.2. del presente acápite reconocidas por el Tribunal se condene a la ANI al pago de intereses corrientes desde su fecha de causación hasta la fecha efectiva del pago.*

*Segunda Subsidiaria a la Trigésima Tercera: Que sobre las sumas de condena del numeral 2.2.2. del presente acápite reconocidas por el Tribunal se condene a la ANI al pago de la corrección monetaria desde su fecha de causación hasta la fecha efectiva del pago.*

*Tercera Subsidiaria a la Trigésima Tercera: Que sobre las sumas de condena del numeral 2.2.2. del presente acápite reconocidas por el Tribunal se condene a la ANI al pago de la actualización que el Tribunal considere procedente.”*

## 1. Posición de la parte Convocante

En sus alegatos de conclusión<sup>51</sup> la Convocante señala:

*“Como se ha explicado a lo largo del presente trámite arbitral, teniendo en cuenta que las sanciones contenidas en la cláusula 26 del Contrato de Concesión corresponden a verdaderas multas de apremio y que la ANI desconoció la aplicación del debido proceso de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y que se garantiza con el artículo 29 de la Constitución Nacional, se configura una nulidad absoluta de la disposición contractual contenida en la referida cláusula por contrariar normas imperativas y de orden público.*

*Derivado de lo anterior, en la medida en que la disminución a la remuneración contenida en la cláusula 26 del Contrato de Concesión opera de forma automática a solicitud de la Interventoría y con la aprobación de la ANI, se trata de una disposición contractual ilegal o viciada de nulidad, toda vez que contraviene en forma directa la ley aplicable al Contrato de Concesión, pues desconoce el debido proceso administrativo sancionatorio que ha de materializarse en aplicación del derecho fundamental al debido proceso en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007...”*

## 2. Posición de la parte Convocada

La parte Convocada se opuso a las solicitudes de nulidad y propuso las siguientes excepciones:

- EL TRIBUNAL CARECE DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LAS DISMINUCIONES CONTRACTUALES
- INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE A CSR: LA CONCESIONARIA SAN RAFAEL HA INCUMPLIDO A TAL PUNTO SUS

---

<sup>51</sup> Páginas 81 y siguientes

OBLIGACIONES QUE NO EXISTE JUSTIFICACIÓN QUE MOTIVE O GENERE LA RESPONSABILIDAD DE LA ANI.

- DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS: CONCESIONARIA SAN RAFAEL PRETENDE DESCONOCER QUE DURANTE SIETE (7) AÑOS HA RECONOCIDO LA VINCULATORIEDAD DE LAS DISMINUCIONES EN LA RETRIBUCIÓN.
- INEXISTENCIA DE LAS CAUSALES PARA DECLARAR LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA VEINTISÉIS (26) DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 007 DE 2007.

En sus alegatos de conclusión, la Convocada establece como fundamento para la solicitud de declaratoria de validez de la cláusula 26, en lo atinente al procedimiento allí señalado, la existencia de una prescripción extraordinaria, respecto de la violación del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, vigente para la época de celebración del contrato. En efecto, en su escrito señala que:

*“En consecuencia, esta acción se invocó 13 años y 9 meses después de haberse configurado la presunta nulidad de esta Cláusula 26 que es impetrada por la convocante.*

*El artículo 1º de la Ley 791 de 2002 establece: “Art. 1º. Redúzcase a diez (10) años el término de todos (sic) las prescripciones veintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas”<sup>52</sup>*

Finalmente agrega que no es procedente impetrar la nulidad sobrevinida de una cláusula contractual, derivada de una ley posterior.

### **3. Concepto del Ministerio Público**

En su concepto<sup>53</sup>, el Señor Agente del Ministerio Público señaló:

*“Ahora bien, se discute en el proceso si la ANI tenía o no la facultad legal de “imponer” las disminuciones de la remuneración del contrato, y si debía o no aplicar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, previsto para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Para el primer interrogante, esto es, si la ANI tenía o no la facultad legal de “imponer” las disminuciones de la remuneración del contrato, el Ministerio Público considera que, en la medida en que el contrato de concesión fue suscrito en vigencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay duda de que la ANI en calidad de Entidad sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sí tenía la facultad de imponer las multas que habían sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, que, como se dijo atrás, era el objeto de la cláusula 26 del contrato de concesión. Sobre el segundo interrogante, relativo al debido proceso, conforme al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en vigencia del mismo, la decisión debía estar precedida de audiencia del afectado con un procedimiento mínimo que garantizara el*

---

<sup>52</sup> Página 33 y siguientes Alegato.

<sup>53</sup> Página 43 y siguientes.

*derecho al debido proceso del contratista y procedía sólo mientras se hallare pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.*

*Así mismo podía la ANI, con fundamento en el mismo artículo, hacer efectivas las multas directamente, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. Vista la cláusula 26.3 del contrato de concesión, se observa que su redacción se ajusta al precepto del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en tanto y en cuanto, garantiza audiencia del concesionario y su debido proceso, con lo cual, no se observa pacto alguno contra la ley. De hecho, se estipula que es el amigable componedor el que decidiría la aplicación de la disminución previo informe de interventoría y de traslado al concesionario de dicho informe. Valga decir que, con la modificación del Otrosí 8 del 7 de julio de 2014, la instancia de amigable composición dejó de ser obligatoria y se volvió facultativa para las partes para la solución de sus controversias.*

*Posteriormente, con la expedición de la Ley 1474 de 2011, el legislador estableció el procedimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a efectos de declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. De suerte que, a partir de la expedición de la Ley 1474 de 2011, la ANI debía aplicar el procedimiento previsto en el artículo 86 en tratándose de la aplicación de las disminuciones de la remuneración por mora o incumplimiento de obligaciones del concesionario (multas). Como efecto de ello, la cláusula 26.3 se tornó ineficaz...”*

#### **4. Posición de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado**

La Agencia de Defensa Jurídica del Estado, en este punto, señaló en su intervención que se allanaba y por ende compartía los argumentos establecidos por el apoderado de la convocada en sus alegaciones.

Son dos los puntos medulares de la controversia que deben ser resueltos por el Tribunal. (i) El primero, tiene que ver con la nulidad de la cláusula 26 del Contrato de Concesión, (ii) El segundo hace referencia a la nulidad del procedimiento previsto en dicha cláusula y aplicable para efectos de evaluar la conducta del concesionario acerca de la causación de las disminuciones pactadas en el Contrato. En ambos casos, la convocante señala la presunta violación de los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011, como fundamento de la nulidad invocada.

A tales efectos tendrá el Tribunal que analizar el alcance de la estipulación normativa señalada en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, así como sus posibles efectos frente a la cláusula 26 pactada por las partes en el momento de celebración del Contrato.

## **5. Consideraciones del Tribunal**

### **5.1 La naturaleza de las disminuciones pactadas**

Solicita en su escrito de demanda el señor apoderado de la Convocante, que se declare por parte del Tribunal que las disminuciones pactadas en la cláusula 26 del Contrato corresponden a unas multas de apremio y por ende le son aplicables las estipulaciones contenidas en los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011.

En desarrollo de lo anterior resulta indispensable establecer el desarrollo normativo y jurisprudencial que ha tenido el tratamiento de las multas en el derecho colombiano, con la finalidad de determinar si las disminuciones pactadas corresponden a tales conceptos.

#### **5.1.1 Evolución legal y jurisprudencial sobre el pacto de multas en los contratos estatales.**

Encuentra el Tribunal que las partes del proceso para sustentar sus posturas han hecho referencia a desarrollos legales y a diferentes decisiones que el Consejo de Estado ha emitido en cuanto al tratamiento de las multas en contratos estatales y su similitud con las disminuciones pactadas en el contrato 07 de 2007. En tal sentido considera el Tribunal debe hacerse referencia a la evolución legal, jurisprudencial y arbitral que en esta materia se ha dado en el derecho colombiano, fundamentos del presente laudo.

Poco pacífico y uniforme ha sido el desarrollo que el propio Consejo de Estado y la legislación han tenido en referencia a las multas. Los antecedentes normativos y por ende jurisprudenciales no han sido ajenos a la disyuntiva que presenta el contrato estatal en cuanto al derecho que lo nutre: no sólo el derecho privado sino también el derecho público.

En ese orden de ideas, en la evolución que pasará a relacionarse, se encuentran diferentes aspectos que resulta necesario abordar por el Tribunal, con la finalidad de resolver el conflicto que ha sido sometido a su consideración.

- A. El desarrollo legal y jurisprudencial.
- B. El desarrollo arbitral
- C. Conclusiones

a) El desarrollo legal y jurisprudencial

Con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, se encuentran disposiciones específicas sobre la imposición de multas en el decreto 150 de 1976 y en el decreto 222 de 1983.

En el decreto 150 de 1976, en su artículo 60, se establecía:

*“Artículo 60. De las cláusulas sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la Nación para imponer multas en caso de incumplimiento parcial, las que deberán ser directamente proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra la entidad contratante.*

*“Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 51 de este decreto.*

*“En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula...”.*

Señalaba el artículo 71 del Decreto 222 de 1983:

*“Artículo 71. De la cláusula sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.*

*“Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.*

*“En los contratos de empréstito no habrá lugar la inclusión de esta cláusula...”.*

Bajo la égida de los anteriores ordenamientos, se consideró la estipulación sobre multas como una cláusula exorbitante, la cual debería ser impuesta por la entidad contratante mediante acto administrativo motivado. Así era manifestado de forma constante por la jurisprudencia de la época:

*“...Ha dicho la jurisprudencia que la administración contratante tiene dentro de sus potestades exorbitantes la de declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista, mediante acto administrativo. Por eso se entiende que tenga el poder de imponer multas al contratista por sus incumplimientos parciales o declarar terminado el contrato por incumplimientos de mayor alcance. Poder éste que no podrá ejercerse sino antes del vencimiento del contrato y excepcionalmente luego de dicho vencimiento, pero solo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta es la jurisprudencia reiterada de la sala...”<sup>54</sup>*

Se consideraba que las siguientes eran las características de las multas en contratos estatales:

*“...Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina*

---

<sup>54</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 13 de septiembre de 1991. Consejero Ponente: Carlos Betancourt Jaramillo.

*las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse. Este poder exorbitante de imposición de multas tiene un límite temporal obvio: mientras esté vigente el contrato y la medida pueda producir el efecto deseado (el constreñimiento del contratista), ya que la medida no busca sancionar porque sí, sino sancionar para que el contratista que está incumpliendo se sienta compelido a cumplir...<sup>55</sup>.*

La Ley 80 de 1993 guardó silencio frente a una regulación pública específica en materia de multas en los contratos estatales. Bajo las reglas señaladas en su artículo 13<sup>56</sup>, dejó a las partes la posibilidad de pactarlas, en respeto de la autonomía de la voluntad contractual. Ello trajo un nuevo escenario que se vio reflejado en el desarrollo jurisprudencial de los contratos celebrados en este período: no se trataba de cláusulas excepcionales al derecho común, menos aún eran expresión de la exorbitancia y no había competencia para que se emitieran actos administrativos para imponerlas por parte de las entidades estatales.

El Consejo de Estado, no fue ajeno a este nuevo escenario. Ya se anunciaban novedosas interpretaciones acordes con el cambio normativo de modelo, como se observa en auto del 20 de febrero de 1997:

*“Adicionalmente la Sala llama la atención en que la Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley...<sup>57</sup>.*

Poco pacífico fue el desarrollo jurisprudencial de la época, en donde en algunas decisiones se siguió señalando que el hecho de que la Ley 80 de 1993 no consagrara expresamente las multas como facultades exorbitantes, no implicaba que ellas no pudieran ser impuestas unilateralmente por la entidad contratante mediante acto administrativo<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 1 de octubre de 1992. Consejero Ponente: Carlos Betancourt Jaramillo.

<sup>56</sup> Señala el artículo 13: *“De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley...”*.

<sup>57</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

<sup>58</sup> En tal sentido puede consultarse el Auto del 6 de agosto de 1998: *“Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo. Para la*

Sin embargo, en sentencia del 20 de octubre de 2005 se retornó a la tesis sobre la inexistencia de competencia para imponer multas por las entidades contratantes mediante acto administrativo, reservándose la mencionada competencia al juez del contrato, con lo que se seguían los designios que al respecto establece el derecho privado:

*“... Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente....”<sup>59</sup>.*

En tal sentido se ha expresado en recientes pronunciamientos el Consejo de Estado:

*“De conformidad con la Sentencia citada, cuyo contenido reitera la Sala en esta oportunidad, con la expedición de la Ley 80 de 1993 antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, si bien se habilitó a las partes del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, para pactar la cláusula penal pecuniaria, no autorizó a las entidades contratantes en cuanto desapareció la competencia que les había sido otorgada por el Decreto-ley 222 de 1983, para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es sin necesidad de acudir al juez del contrato”.<sup>60</sup>*

---

*Sala la administración si tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla general otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos. En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 ‘en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales’. A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo. Si la contratación estatal en los términos del artículo 3 de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan ‘los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados’, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista...”.*

<sup>59</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>60</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 10 de noviembre de 2016. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

*“Durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, las partes podían pactar cláusulas referentes a multas y cláusula penal pecuniaria, no obstante, las entidades estatales no contaban con la facultad de hacerlas efectivas directamente, toda vez que la ley no lo consagró expresamente. Siendo ello necesario, en cuanto la justicia es función no confiada a las entidades públicas, tampoco a los particulares, sino a cargo de los jueces sometidos al imperio de la ley. Razón por la que las entidades debían acudir al competente....De lo anterior, se sigue que el privilegio de autotutela administrativa que figura en el contrato que ocupa la atención de la Sala, es decir, la capacidad del sujeto contratante para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir el juez, comporta una competencia funcional que la entidad no puede adquirir por convención, lo que se traduce necesariamente en la vulneración del principio de legalidad, uno de los pilares y valores fundamentales del Estado de derecho que por lo mismo no se puede soslayar en orden a obtener el cumplimiento contractual...”<sup>61</sup>.*

Con la reforma que se hizo de la Ley 80 de 1993 en el año 2007 se retomó la discusión. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, dispuso nuevamente una regulación pública de las multas. Señala el mencionado artículo:

*“Del debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

*“Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

*“Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas...”.*

En la interpretación del citado artículo el Consejo de Estado retornó en un principio, de forma poco precisa, a la concepción de la cláusula de multas como una manifestación de la exorbitancia, la cual ha venido siendo revaluada en posteriores decisiones.

En efecto mencionó en su momento:

---

<sup>61</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 8 de julio de 2016. Consejero Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

*“Esta consideración, conlleva a un análisis adicional, en el caso que ocupa a la Sala: ¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa? La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública [de] una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas. La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista. Se insiste en que esta posibilidad, debe concebirse dentro de la filosofía del rol que le corresponde a la entidad estatal en la ejecución del contrato, para con ello cumplir su objeto, que de una u otra manera guarda relación directa con los fines del Estado. Esta finalidad le ha servido en un caso similar, a la Corte Constitucional, para determinar la exorbitancia de una imposición de multas y la necesidad de la configuración legal de la misma. Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendido como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa.... a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado "la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas". El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley. Vale la pena advertir, que, de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella...”<sup>62</sup>*

A manera de ejemplo, y en forma opuesta, puede leerse la sentencia del 12 de agosto de 2013:

*“En esta oportunidad se reitera que frente a la validez de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad impone multas al contratista, comoquiera que ello no comporta el ejercicio de una exorbitancia, los árbitros si pueden pronunciarse, tal como lo ha considerado la Corporación al abordar y rectificar su Jurisprudencia en tan importante punto, para lo cual resulta*

---

<sup>62</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

*necesario retomar y, por ende, reiterar las consideraciones y el análisis que sobre la facultad que asiste a los árbitros para decidir sobre la validez de los actos administrativos contractuales se efectuó en la sentencia que se transcribe in extenso....” (El subrayado fuera de texto).<sup>63</sup>*

Sin embargo, ha existido una postura coincidente en cuanto a la aplicación del párrafo transitorio del mencionado artículo 17.

*“Finalmente, la Sala precisa que si bien es cierto el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, otorgó de manera retrospectiva facultad a la administración para imponer multas de forma unilateral, la Sección Tercera del Consejo de Estado en este último caso ha considerado que: "El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley." En consecuencia, del análisis jurisprudencial antes expuesto, la Sala concluye que antes de entrar en vigencia de la Ley 1150 de 2007, se advertía la imposibilidad por parte de la Administración contratante de imponer de manera unilateral multas o cláusula penal o el incumplimiento contractual, reservando su imposición al juez del contrato. Además, la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la facultad consagrada en el párrafo transitorio del artículo 17 de la referida Ley, se supedita a que la multa sea pactada con anterioridad a su expedición, pero que su imposición se produzca en vigencia de la citada norma, todo ello en cumplimiento del principio de legalidad que rige de manera estricta la facultad sancionatoria estatal...”<sup>64</sup>.*

En igual sentido:

*“Finalmente, la situación varió nuevamente cuando, mediante la Ley 1150 del 2007 se modificó la materia de la imposición de sanciones, y consagrando una marcada prevalencia de la autonomía de las partes del contrato, estableció en su artículo 17 la posibilidad de pactar las multas, así como la habilitación para la administración de imponerlas unilateralmente mediante un acto administrativo motivado...Puede surgir la duda de si a contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 del 2007 puede aplicarse la habilitación legal reseñada, en virtud de retrospectividad de la ley que se desprende del párrafo transitorio del artículo 17, mas ésta ya fue resuelta por la jurisprudencia de la Sala, que ha hecho hincapié en que la autorización en tal sentido solo puede ser aplicada a aquellas sanciones que hayan sido impuestas en vigencia de la ley, lo que en el caso de las multas, por su carácter apremiante, implica que para la fecha de la expedición de la ley debía estar en ejecución el contrato...Entonces, no se puede sino concluir que durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, y antes de que la Ley 1150 comenzara a regir, la administración carecía de la potestad de imponer multas de forma unilateral, puesto que esa norma solo le permitía pactarlas en el contrato, siendo indispensable que su imposición al contratista se produjera por parte del juez natural del contrato, y en todo caso, incluso para aquellos contratos celebrados antes de la reforma del 2007, era necesario que la imposición se diera en vigencia suya...Todo lo expuesto implica que, en atención al principio de legalidad que prevalece en materia de las funciones*

---

<sup>63</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>64</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 3 de diciembre de 2015. Consejero Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz.

*sancionatorias a cargo del Estado, en el caso concreto debe declararse la nulidad de los actos demandados por falta de competencia funcional de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto en ellos se ejerció una competencia que no estaba en cabeza de la entidad demandada, consistente en imponer de manera unilateral, mediante un acto administrativo motivado, una multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del actor...”<sup>65</sup>.*

Por último y en lo que a su naturaleza y finalidad se refiere, se ha señalado:

*“La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual. Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista...”<sup>66</sup>.*

En la Ley 1474 de 2011, “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, se incorporaron una serie de artículos destinados a regular la contratación pública, entre ellos, los atinentes a la regulación del tema sancionatorio, como el artículo 86 que se transcribe a continuación:

**“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.** Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

*“a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;*

*“b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo*

---

<sup>65</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

<sup>66</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

*cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;*

*“c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;*

*“d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento...”*

Específicamente y a manera de ilustración, frente al contrato de concesión 6000169OK de 2006 suscrito entre la AEROCIVIL y OPAIN S.A., subrogado con posterioridad a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA., la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitió el 10 de octubre de 2013 un concepto en el que consideró que el procedimiento pactado en la cláusula 63.20 es ineficaz de pleno derecho, de conformidad con lo establecido por los literales b) y d) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Allí se establecieron las siguientes conclusiones:

**“...G. Conclusiones**

*“De las consideraciones expuestas a lo largo de este concepto se extraen las siguientes conclusiones:*

*“El pacto de multas como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante. Ello es así, porque la imposición unilateral es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa que debe estar prevista expresamente en la ley, toda vez que se concreta en una manifestación unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos (acto administrativo);*

*“El artículo 17 de la ley 1150 de 2007, confirma y ratifica la validez de los pactos de multas en los contratos estatales celebrados antes de su vigencia y establece un procedimiento para su imposición unilateral por la entidad estatal contratante, es decir, la entidad puede imponer por sí y ante sí la multa, sin necesidad de acudir al juez del contrato;*

*“El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 tiene efectos inmediatos y retrospectivos. Significa lo anterior que, si en un contrato estatal celebrado antes de la vigencia de esa ley se estipularon multas por incumplimiento del contratista y a favor de la Administración, ese pacto es plenamente válido; igualmente, las multas así pactadas podrán ser impuestas y hacerse efectivas unilateralmente por la entidad estatal contratante;*

*“La competencia para la imposición unilateral de multas es una potestad pública que está sometida al principio de legalidad y el procedimiento para decretar dicha*

*imposición tiene reserva de ley, por lo que de la autonomía de la voluntad está sustraída la facultad de regular tales situaciones.*

*“La cláusula 63.20.2 del contrato de concesión 6000169 OK de 2006 en la que se pacta un procedimiento para la imposición de las multas es ineficaz de pleno derecho por transgredir los literales b) y d) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Por lo tanto, no produce efectos jurídicos, y*

*“El procedimiento para la imposición unilateral de multas en un contrato estatal se encuentra actualmente establecido en las leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86...”.*

b) El desarrollo del tema en la justicia arbitral.

Revisados los antecedentes en materia arbitral, se encuentran importantes decisiones referidas al alcance de la cláusula y procedimiento en su momento pactado por las partes, de nuevo y a título de ejemplo, en Contrato de Concesión 6000169OK de 2006 suscrito entre la AEROCIVIL y OPAIN S.A., subrogado con posterioridad a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

Dicho contrato cuenta con una serie de decisiones en las que se ha hecho referencia al tema de las multas, al concepto emitido el 10 de octubre de 2013 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y a la interpretación del párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

En efecto en el laudo emitido el 24 de agosto de 2015 se establecieron con meridiana claridad las siguientes conclusiones, que se transcriben por su importancia:

*“... La cláusula de multas pactada en el contrato de concesión.*

*“El debate que fue planteado ante el Tribunal se centra principalmente en la interpretación que ambas partes han realizado de la aplicación de la cláusula 63 del contrato de concesión, que el Tribunal transcribe parcialmente, sin perjuicio de las consideraciones que es necesario efectuar en materia de tipicidad, atendiendo a que en varios de los asuntos que deben resolverse, la AEROCIVIL invoca de manera precisa cuál de los subnumerales ha considerado para la aplicación de la sanción.*

***“(...) Lo dispuesto sobre multas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.***

*“Para el Tribunal resulta claro que en el presente caso no nos encontramos ante la hipótesis prevista en el párrafo transitorio del artículo 17, en la medida en que en efecto en la cláusula 63 del contrato, no se incorporó de forma alguna la facultad para la parte contratante de imponer multas, sino que, siguiendo los antecedentes del contrato atrás referenciado, se consideró la postura jurisprudencial según la cual sería el juez del contrato quien entrara a evaluar la procedencia o no de las mismas.*

*“Difiere en tal sentido el Tribunal de lo señalado por la Sala de Servicio y Consulta Civil, en cuanto a que el procedimiento allí pactado es ineficaz. Por el contrario, considera que si bien es cierto existen normas imperativas, actualmente de reserva legal para el adelantamiento de los procedimientos sancionatorios incorporados en la Ley 1474 de 2011, el contrato en mención fue de aquellos no*

*contemplados por el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007...”.<sup>67</sup>*

En igual sentido se afirmó en el laudo proferido el 4 de octubre de 2012:

*“En relación con este artículo observa el Tribunal que el mismo consagra la facultad para las entidades estatales sujetas a la ley 80 de 1993 para imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones previendo al efecto que esta decisión debe estar precedida de audiencia del afectado ‘y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista’. Por consiguiente a la luz de este artículo es claro que cuando el mismo es aplicable, la entidad no podrá imponer las multas, cuando quiera que no se hallen pendientes de ejecución las obligaciones a cargo del contratista.*

*“Ahora bien, dicha norma contempla en su parágrafo transitorio que las facultades previstas en dicho artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o la cláusula penal pecuniaria pactadas en contratos celebrados con anterioridad a la ley 1150 ‘en los que se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas’. Por consiguiente, para que se aplique esta norma es necesario que el contrato contemple la posibilidad para la entidad pública de imponer una multa y hacerla efectiva.*

*“En efecto, el Consejo de Estado en sentencia del 7 de octubre de 2009 (Radicado: 250002326000199603076-01 18.496), al referirse al contenido del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 expresó:*

*“(vi) Se otorga efectos retrospectivos a la norma en relación con las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.*

*“El efecto retrospectivo implica, en criterio de la Sala, que: “... Si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, éstas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de la ley...” (se subraya)*

*“Igualmente en providencia del 21 de febrero de 2011 (radicación: 25000232600020100019501) el Consejo de Estado expresó:*

*“Como se observa, en principio, este contrato cumple con los presupuestos contemplados en el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para que el mismo fuera aplicado: i) se celebró con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007; ii) se pactaron cláusulas de multas y cláusula penal pecuniaria; iii) se previó la competencia de la entidad para imponerlas y hacerlas efectivas; respecto de la cláusula penal pecuniaria se estipuló que se haría efectiva en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento y que se descontaría de los valores que el contratista tuviera a su favor.” (se subraya)*

*“Como ya se expuso, en el presente caso no se contempló que la entidad estatal imponga la multa, sino que ella se causa en virtud del Contrato.*

---

<sup>67</sup> Laudo Arbitral de 24 de agosto de 2015 proferido en el trámite arbitral convocado por OPAIN contra AEROCIVIL (hoy ANI). Cámara de Comercio de Bogotá

*“Desde esta perspectiva es claro que no habiéndose consagrado en el Contrato de Concesión objeto del presente proceso la posibilidad de imponer las sanciones a las que se ha hecho referencia, no es aplicable el párrafo transitorio. Por consiguiente, no procede aplicar el artículo 17 de la ley 1150...”<sup>68</sup>.*

### c) Conclusiones

De lo expuesto anteriormente, esto es, atendiendo la evolución legal, jurisprudencial y arbitral sobre la imposición de multas en los contratos estatales, puede concluirse lo siguiente:

- i) Las multas según lo establecido por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 no son cláusulas excepcionales al derecho común, en la medida que requieren pacto contractual expreso para su procedencia y no se encuentran relacionadas entre aquellas facultades previstas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.
- ii) Tienen un carácter conminatorio.
- iii) Con anterioridad a la vigencia de la Ley 1150 de 2007 y bajo la aplicación de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales carecían de competencia para emitir actos administrativos e imponer las multas pactadas. La mencionada competencia correspondía al juez del contrato.
- iv) A partir de lo señalado por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, las entidades estatales contratantes han encontrado habilitación para imponer mediante acto administrativo motivado las multas que hayan sido pactadas.
- v) La aplicación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para contratos celebrados con anterioridad a su vigencia, queda sometida a lo señalado por el párrafo transitorio del mismo artículo.
- vi) El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 establece como imperativo en el momento del pacto de las cláusulas relativas a las multas que la decisión debe estar precedida de audiencia del afectado que garantice el derecho al debido proceso del contratista.
- vii) El contrato objeto de la controversia fue suscrito en vigencia del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y con anterioridad a la vigencia del artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

---

<sup>68</sup> Laudo Arbitral de 4 de octubre de 2012 proferido en el trámite arbitral convocado por AEROCIVIL contra OPAIN. Cámara de Comercio de Bogotá.

## 5.2 El análisis de la cláusula 26 y las disminuciones realizadas. Las pretensiones de CSR

El Contrato de Concesión señala en su cláusula 26:

**“CLAUSULA 26. DISMINUCION DE LA REMUNERACION DEL CONCESIONARIO.**

26.1. *Se aplicarán las disminuciones en la remuneración del **Concesionario** por los montos y en los casos de mora en el cumplimiento o por incumplimiento de las obligaciones previstas en este numeral:...*”

26.2. *Las disminuciones en la remuneración del **Concesionario** previstas en esta cláusula no exonerarán al **Concesionario** del cumplimiento de la obligación cuya mora o incumplimiento ha causado la respectiva disminución, ni de las demás responsabilidades y obligaciones que emanen de este **Contrato**...*”

Las partes acordaron denominar disminuciones a sanciones de carácter económico que tienen como propósito conminar al concesionario al cumplimiento de sus obligaciones. En tal sentido, encuentra el Tribunal que independientemente de la denominación que se adoptó, dichas disminuciones siguen las características propias de multas pactadas, según las reglas propias de la ley 80 de 1993 y sus modificaciones.

Ahí, entra con prevalencia la aplicación de la regla de interpretación prevista en el artículo 1618 del Código Civil<sup>69</sup>, respecto de lo cual el Consejo de Estado ha indicado:

*“Como es sabido, en la interpretación de la ley prevalece el criterio gramatical sobre la “intención” o “espíritu” del legislador, dado el carácter general de la ley (artículo 4 CC). Los artículos 27 y 28 CC son claros en disponer que las palabras de que se sirve el legislador son el punto de partida para desentrañar el lenguaje de las leyes, sin perjuicio -claro está- de los demás sistemas de interpretación aplicables frente a pasajes oscuros o contradictorios. Así, las oposiciones, incongruencias, contradicciones, incompatibilidades, vacíos y casos dudosos cuentan con mecanismos legales de interpretación para poder fijar el sentido de la ley.*

*En contraste, en la interpretación de los contratos prevalece la voluntad interna y no la voluntad declarada (artículo 1618 CC), dado el carácter relativo de los contratos (vincula solo a las partes). De ahí que no puede apelarse -como sucede con las leyes- a una interpretación textual, sino que es preciso desentrañar la intención de los contratantes. Además, en los contratos, como en las leyes, prevalece la interpretación que prefiere el efecto útil, es decir, aquella en que el sentido de una cláusula que pueda producir algún efecto debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producirlo (artículo 1620 CC) [“principio” de conservación o favor contractus]. Las ambigüedades, de presentarse, deben ser superadas a partir de la intención de las partes, pues, la ley y el contrato tienen dos puntos de partida para su interpretación bien distintos...”*

---

<sup>69</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente Guillermo Sánchez Luque. Sentencia del 10 de diciembre de 2021. Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00341-01(64409)

Por tal motivo se accederá a la pretensión Vigésima primera de la demanda reformada, en lo referente a la aplicación por la fecha de suscripción del contrato de lo señalado por el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

En efecto, el Contrato fue suscrito el 13 de agosto de 2007, fecha que resulta relevante en la medida que ya se encontraba vigente el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, desde el 16 de julio del mismo año.

El artículo 17 *ibidem* establece:

**“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.** *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

**PARÁGRAFO.** *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas...”*

Al respecto se permite aclarar el Tribunal que el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, es una norma de carácter sustancial, donde en estricto sentido no se estableció un procedimiento para la imposición de multas. Sin embargo, fue clara la norma en señalar la necesidad del pacto respecto de las multas y las sanciones que se impongan, así como la determinación a través del acuerdo contractual, de un procedimiento que garantizara el debido proceso en general y el derecho de audiencia del contratista.

Tenemos entonces, que no se trata de un esquema clásico de exorbitancia contractual, en el sentido de cláusulas que así no se pacten se entienden incluidas por ley<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Previstas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, el cual no fue modificado por la ley 1150 de 2007.

En desarrollo de lo anterior, adquiere relevancia a efectos de nuestro análisis, lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil<sup>71</sup>, para determinar si como lo afirma el demandante hay lugar a una posible causal de nulidad de la cláusula por contravenir lo señalado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

En tal sentido, el mencionado artículo, no resulta contrapuesto en la materia con lo señalado en el artículo 13 de la ley 80 de 1993. En desarrollo de la aplicación de las reglas del derecho privado, las multas deben ser consensuadas, esto es requieren pacto contractual expreso, alejándose como se ha dicho de la noción clásica de exorbitancia contractual prevista por el derecho francés<sup>72</sup>.

Del análisis de la cláusula puede señalarse que dicha estipulación observa algunos aspectos esenciales previstos en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007: en efecto, las partes acordaron establecer disminuciones en la remuneración del Concesionario con la finalidad de precaver incumplimientos y señalaron una finalidad conminatoria de tales sanciones económicas.

Basta mirar la redacción del numeral 26.3 de la cláusula:

*“26.3. El **Interventor**, una vez verifique que se ha generado una causal para la disminución en la remuneración del **Concesionario**, de conformidad con el numeral 26.1 anterior, informará al **Concesionario**, al **INCO** y a la **Entidad Fiduciaria** por escrito sobre la ocurrencia de la misma, su valor y las razones que la acarrearán, según lo previsto en este **Contrato**. Una vez la **Entidad Fiduciaria** reciba la comunicación del **INCO** y del **Interventor** deberá disminuir los montos establecidos por el **INCO** y el **Interventor** de la **Subcuenta Principal, lo anterior hasta la fecha en que el Interventor informe que el Concesionario ha cumplido con la obligación a su cargo, lo cual deberá realizarse a más tardar el Día siguiente a aquel en que cese el incumplimiento**. Los montos correspondientes a la disminución de la remuneración del **Concesionario**, causada hasta la fecha en que cesó el incumplimiento deberán ser transferidos a la **Subcuenta de Excedentes de INCO**, salvo lo previsto en el inciso siguiente. En caso de que la **Entidad Fiduciaria** hubiese realizado las disminuciones a que se refiere la presente cláusula durante un término superior al del incumplimiento del **Concesionario**, la **Entidad Fiduciaria** deberá trasladar a la **Subcuenta Principal** las sumas disminuidas en exceso, sin perjuicio de las sanciones aplicables al responsable de tal mora.*

---

<sup>71</sup> ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

<sup>72</sup> Al respecto señala SAILLANT: “En un contexto de derecho público, la exorbitancia es entonces una derogación, la sustracción a la regla común, al régimen jurídico normalmente aplicable. Pero hay que destacar que los jueces administrativos normalmente no utilizan éste término que para calificar las cláusulas de ciertos contratos. Las cláusulas exorbitantes son aquellas que se sustraen a la aplicación de la regla común, normalmente aplicable. Por qué este empleo restringido a unas cláusulas de los contratos? Puede ser porque justamente, en derecho público, lo que es común es sistemáticamente el derecho privado, entendido como el derecho de las relaciones privadas. Solamente estas cláusulas de contratos son quizás susceptibles de ser realmente calificadas como derogatorias...”. SAILLANT, ELODIE. L'exorbitance en droit public. Editorial Dalloz. París, Francia. 2011. Página 33.

En efecto, el Contrato de Concesión No. 07 de 2007 fue suscrito válidamente como se ha mencionado en vigencia de la ley 1150 de 2007 y las partes bajo su total liberalidad estipularon la cláusula 26, relacionada. Como se anotó, la Ley 1150 de 2007 no se prevé un procedimiento administrativo, sino que se incorporaron las reglas para que las partes en uso de su voluntad negocial, establecieran el procedimiento correspondiente, ello incluso ante la imposibilidad de fijar por parte de las entidades tal procedimiento en sus manuales de contratación.

En tal sentido resultan relevantes, las reflexiones que el propio Consejo de Estado en reciente sentencia<sup>73</sup> tuvo oportunidad de realizar en desarrollo de los postulados del debido proceso en vigencia de la ley 1150 de 2007 y con anterioridad a la expedición de la ley 1474 de 2011:

*“22. Como se observa, la norma transcrita reafirma el mencionado canon constitucional y define al debido proceso como el principio guía e indicador no solo de las sanciones que allí se mencionan –la multa y la cláusula penal-, “sino [de] todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora”*

*23. Posteriormente el legislador expidió la Ley 1474 de 2011, por medio de la cual dictó el Estatuto Anticorrupción, donde se reguló en forma puntual el procedimiento a seguir para la declaratoria de incumplimiento con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; sin embargo, la Sala prescinde de desarrollar lo establecido en esta última ley, en consideración a que fue promulgada después de la ocurrencia de los supuestos fácticos que dieron origen al asunto de la referencia.*

*24. En este punto, es pertinente aclarar que, a través de sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera de esta Corporación declaró la nulidad del contenido del artículo 87 del Decreto 2474 del 7 de julio de 2008<sup>27</sup> –por medio del cual, en desarrollo de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, se dispuso, entre otras cosas, que para la imposición de multas la entidad pública debía señalar “en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir”–, “pero únicamente en tanto se interprete que faculta a la administración para crear procedimiento administrativo sancionador”. La decisión la adoptó con fundamento en que la competencia para establecer procedimientos administrativos corresponde de forma exclusiva al legislador –artículo 150 de la Constitución Política– y no a la autoridad administrativa; por tanto, “no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico”.*

*25. De cualquier manera, el hecho de que antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011 no existiera una norma legal que regulara el procedimiento administrativo contractual atinente a la declaración de incumplimiento con miras a imponer o descontar unilateralmente multas o cláusula penal, no suponía que las entidades públicas estuvieran eximidas de garantizar el debido proceso de*

---

<sup>73</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de julio de 2021. Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA. Radicación No. 25000-23-26-000-2010-00195-02 (49437).

*sus contratistas, en tanto que, como ya se advirtió, se trata de un derecho fundamental...”*

De igual forma, en la medida que el contrato de concesión fue suscrito en vigencia de la ley 1150 de 2007, no resulta aplicable al caso lo previsto en el párrafo transitorio del artículo 17 *ibidem*.

Por ende, no encuentra el Tribunal que se predique de la cláusula una causal de nulidad que determine su invalidez total al momento de celebración del negocio jurídico, por encontrarla ajustada al ordenamiento jurídico, en particular a las estipulaciones previstas en los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 13 de la ley 80 de 1993.

Sin embargo, en lo que atañe al procedimiento estipulado en la cláusula 26, analizadas las garantías del debido proceso allí pactadas, considera el Tribunal que las mismas no se ajustan a lo determinado por la propia norma del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para la procedencia en las consecuencias económicas pactadas en contra del Concesionario.

Señala en lo pertinente el numeral 26.3 de la cláusula:

**“Si el Concesionario informa al Interventor y al INCO dentro de los tres (3) Días siguientes al Día en que se haya informado la disminución en su remuneración, su desacuerdo con la procedencia de tal disminución, o respecto a su tasación o cuantificación, las sumas disminuidas serán transferidas a una Subcuenta especial, la cual creará en ese momento y únicamente para este fin, diferente de la Subcuenta de Predios, de la Subcuenta de Pagos del INCO, de la Subcuenta de Interventoría, la Subcuenta Ambiental, de la Subcuenta de Excedentes del INCO y de la Subcuenta Principal. El INCO se pronunciará dentro de los diez (10) Días siguientes respecto a las razones expresadas por el Concesionario. Si el INCO no se pronuncia dentro de este plazo o el Concesionario no está de acuerdo con lo expresado por el INCO, se acudirá al Amigable Componedor, de acuerdo con lo previsto en la CLAUSULA 57 de este Contrato...”** (El subrayado fuera de texto)

En efecto leídas las reglas a surtirse para la procedencia de las disminuciones acordadas, no se menciona la realización de audiencia, ni se establecen criterios mínimos ni etapa alguna para la garantía del debido proceso, según los parámetros previstos en el artículo 29 de la Constitución Nacional y que han sido expresados por el Consejo de Estado<sup>74</sup> de la siguiente forma en las actuaciones contractuales:

*“En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, que su proyección en ellas tiene los siguientes alcances: [i] ser oído antes de que se tome la decisión;*

---

<sup>74</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Expediente 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394) Actor: SCANOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-ISS. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa

*[ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii] obtener asesoría legal; [vii] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas. La Corporación, en el proceso de consolidación jurisprudencial respecto a la garantía del debido proceso en asuntos contractuales, concluyó en forma categórica que este derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política rige en los procedimientos administrativos, incluyendo dentro de éstos el contractual, sancionatorios o no, y que este mandato constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano...”*

A ello hay que agregarle el mandato expreso del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 respecto de la necesidad de que el contratista sea escuchado en audiencia, situación ésta que no fue considerada, ni tampoco incluida entre las reglas previstas en el numeral 26.3 de la citada cláusula, ni tampoco en el momento en que se efectuaron las disminuciones correspondientes.

Basta mirar los parámetros que en materia del derecho de contradicción señala el propio Consejo de Estado en la sentencia ya citada:

*“Igualmente, corolario del debido proceso son: (x) las garantías de contradicción y de audiencia (audiatur et altera pars). El derecho de contradicción posibilita a las partes (demandante o demandado, sindicado, peticionario o administrado) en paridad o igualdad de condiciones formular la demanda y pretensiones (o solicitudes), contestarla y presentar defensas, interponer recursos, aportar pruebas y contraprobar, etc. La audiencia impone el deber al juez o funcionario de oír a las partes antes de tomar una decisión que los vincule o afecte, para lo cual es menester que se otorgue dentro de la respectiva actuación la oportunidad a cada una de ellas de fijar una posición sobre el asunto o en relación con las manifestaciones de la otra y de controvertir las imputaciones y acusaciones que se le hagan en el juicio o procedimiento administrativo que se le promueva o adelante.*

*Con otras palabras, es derecho de las partes o interesados explicar al juez o funcionario en la oportunidad que se le conceda su opinión sobre la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra, para que estos conozcan todos los aspectos significativos del asunto sometido a su consideración, de manera que se les facilite dictar una sentencia o decisión justa o acertada en el derecho positivo o un acto con iguales predicados, de acuerdo con el evento. La audiencia, así concebida, es un imperativo de respeto al procesado, a la parte o al administrado, según el caso, a quienes les interesa que en una situación que les concierne no se tome una decisión en la que pueda resultar sancionada o perjudicada sin que se les dé la ocasión de manifestarse y defenderse.*

*En esta dimensión, su correcta aplicación evita una sentencia o decisión en contra de una parte no citada legalmente o soportada en hechos y pruebas sobre las cuales no hubiere tenido ella la oportunidad de exponer y explicar su postura y argumentos en defensa de los derechos en controversia dentro de la actuación judicial o administrativa.*

*En definitiva, el derecho al debido proceso rige con carácter obligatorio en las actuaciones judiciales y administrativas, como un bloque de principios y reglas aplicables por los jueces y las autoridades públicas en la relación procesal con el propósito de obtener una sentencia justa y acorde con el derecho material y el*

*respeto de los derechos fundamentales de los individuos<sup>5</sup>, en todas aquellas actuaciones tendientes a producir la constitución, modificación o extinción de un derecho o una obligación o la imposición de una sanción que puedan afectar sus intereses de libertad, vida o patrimonio...”*

Resulta entonces claro para el Tribunal que en el presente caso en los apartes subrayados de la cláusula no se protegió el derecho de contradicción del contratista frente a la probable procedencia de una disminución, derecho éste de obligatoria observancia e inclusión según lo señalado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

Se trata entonces de un vicio de origen que no afecta en su integralidad la cláusula, sino que hace que los apartes que contravinieron lo señalado en la disposición legal, deban ser declarados nulos, por ser contrarios a norma imperativa.

Analizadas las pretensiones principales incoadas y teniendo en cuenta que no se declarará la nulidad de la cláusula 26 en los términos en los que se solicita, habrá que denegar la pretensión principal vigésima segunda.

Sin embargo, como se declarará la nulidad de parte del procedimiento señalado en el numeral 26.3 de la cláusula 26 por cuanto en la forma en que se pactó se desconocen los derechos de audiencia y de contradicción consagrados en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, con ese alcance se accederá a la prosperidad de la primera pretensión subsidiaria a la vigésimo segunda.

De igual forma el vicio que se determina en el presente laudo, también tiene procedencia en la serie de actuaciones que dieron lugar a los oficios mediante los cuales se realizaron las disminuciones frente al avance de las obras de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday, la ciclorruta Buenos Aires- Gualanday y el índice de estado de la vía y deflectometría del pavimento.

En efecto, pasará el Tribunal a analizar las reglas que se surtieron en cada una de ellas, según lo estipulado en la cláusula ya relacionada:

### **Disminución Segunda Calzada de la Variante de Gualanday**

Obra en el expediente, la comunicación ANI 2020-305-004955-1, mediante la cual se ratifica la disminución en la remuneración del concesionario en los términos señalados en la cláusula 26.1.12 del Contrato de Concesión No. 007 del 13 de Agosto de 2012.

En los antecedentes allí relacionados se listan las siguientes comunicaciones:

Comunicación CMAB-1-476-0040-020 radicado ANI 2020-409-002592-2 del 13 de enero de 2020, mediante la cual el Consorcio MAB en calidad de interventor del proyecto, solicita la aplicación de la disminución.

Comunicación No. GIC-BG-2020-0064 del 17 de enero de 2020, radicado ANI 2019-409-04457-2, mediante la cual el Concesionario presentó oposición a la medida.

Comunicación No. 2020-305-004100-1 del 12 de febrero de 2020, mediante la cual la ANI hace su pronunciamiento.

### **Disminución Ciclorruta Buenos Aires-Gualanday**

Obra también en el expediente los oficios ANI-2019-305-041777-7; 2021-305-013158-1 y ANI 20213050174441, según el cual la convocada aplica o ratifica la disminución de la remuneración a Fiduciaria Colpatria.

En el último de los referidos oficios, se relacionan las siguientes comunicaciones:

Comunicación de la Interventoría MAB 1-476-1216-20 radicado ANI 2020-409-130429-2 del 23 de diciembre de 2020, donde se solicita la aplicación de la disminución de conformidad con lo señalado en la cláusula 26.1.11

Comunicación del Concesionario No. GIC-BG-2020-1579 del 29 de diciembre de 2020, radicado ANI No. 2020-409-1317292 del 29 de diciembre de 2020, mediante el cual se opondrá a la aplicación de la medida.

### **Índice de estado de la vía y deflectometría del pavimento**

La convocante se refiere y aporta los Oficios ANI-2014-306-011179-1; 2014-306-011178-1; 2018-306-028762-1 2019-305-004790-1; 2019-305-010998-1; 2019305-030736-1; 2019-305-041768-1; 2020-305-005700-1; 2020-305-005700-01; 2020-305-028963-1 y 2021-305-007606-1 en los que la ANI solicita, aplica y/o ratifica la aplicación de la disminución.

Al respecto se destaca el oficio ANI 2019-305-041768-1, en el que se actualizó el valor de la disminución diaria establecida en virtud de la causal prevista en el numeral 26.1.10 de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión. En ella se señalan como antecedentes la comunicación CMAB-1-476-0953-19 radicado ANI No. 2019-409-119007-2.

Se concluye en la citada comunicación: *“De acuerdo con lo anterior, y que a la fecha no se ha presentado objeción por parte de la Concesionaria, habiendo precluido el plazo de tres (3) días siguientes al día en que fue informado, la Agencia ratifica la comunicación CMAB-1-476-0953 radicado ANI No. 2019-409-119007-2 de 14 de noviembre de 2019 y le confirma a la FIDUCIARIA COLPATRIA la aplicación de la*

*Disminución solicitada por la Interventoría en los términos del numeral 26.1.10 de la Cláusula 26.1.10...”*

Observa el Tribunal que en las sanciones económicas antes relacionadas y en el procedimiento mediante el cual se impusieron no se observaron las reglas esenciales de contradicción que ya han sido desarrolladas a lo largo de esta providencia lo cual implica también la invalidez de los oficios que determinaron la procedencia de las disminuciones.

Teniendo en cuenta que las partes señalaron en el texto de la cláusula 26.3, que “en ningún caso la disminución en la remuneración del Concesionario se ordenará mediante acto administrativo”, el Tribunal denegará en lo pertinente las pretensiones incoadas (tituladas vigésima primera (sic) –en forma repetida–, vigésima segunda y vigésima tercera) y accederá con el alcance señalado por tratarse de sanciones económicas, a las formuladas como vigésima cuarta, vigésima quinta y vigésima séptima, en la medida que el cargo de nulidad hace referencia a la pretermisión de las reglas que en materia de audiencia y contradicción son obligatorias en virtud de lo señalado por el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

Ahora bien, en lo que concierne al hecho sobreviniente previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en cuanto a la regulación posterior de un procedimiento unificado para los temas sancionatorios, encuentra el Tribunal y siguiendo iguales reflexiones que no se trata de un vicio de origen que determine la nulidad de las sanciones contractuales impuestas. En desarrollo de lo anterior, la cláusula 26, válidamente pactada según los parámetros del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, tampoco puede devenir nula, en la medida que la aplicación del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, fue posterior a su acuerdo.

El mencionado artículo señala:

***“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.***

*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

*a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las*

*obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;*

*b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;*

*c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;*

*d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.*

*<Texto adicionado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 537 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:>*

**Procedimientos sancionatorios.** *Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.*

*La entidad estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la Información generada.*

*Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto...”*

En cuanto a la naturaleza del mencionado artículo 86, se ha señalado en sede arbitral<sup>75</sup>:

*“Lo primero que debe abordar el Tribunal es la naturaleza del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que de esta forma se podrá indagar sobre la correcta utilización de los preceptos consagrados en el régimen general de aplicación de la ley en el tiempo.*

---

<sup>75</sup> Laudo del 27 de febrero de 2019. OPAIN S.A. vs AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI. Cámara de Comercio de Bogotá.

*La jurisprudencia constitucional ha reconocido que las denominadas normas procesales, más allá del establecimiento de un trámite en un proceso, son aquellas que están vinculadas a las formas propias de cada juicio. Esta es la razón de ser de dicho tipo de normas<sup>76</sup>. En ese sentido también ha expuesto la Corte Constitucional lo siguiente:*

*“La cláusula general de competencia de la que goza constitucionalmente el legislador, lo habilita con amplio margen de configuración, a regular los procedimientos, las etapas, los términos, los efectos y demás aspectos de las instituciones procesales en general. (...)*

*De allí que las normas procesales, propendan por asegurar la celeridad y eficacia de las respuestas jurisdiccionales, y por la protección de los derechos e intereses de las partes, intervinientes y vinculados, en los procesos. Así, mientras el legislador, no ignore, obstruya o contraríe las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como ‘**el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas**’. Por ende, es extensa la doctrina constitucional que ha reiterado que acorde a lo establecido en los artículos 29, 150 y 228 de la Constitución, son amplias las facultades del legislador precisamente, para fijar tales formalidades procesales<sup>77</sup> (resaltado fuera del texto).*

*El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre el concepto de norma procesal, desde la definición de norma sustancial y contraponiendo las dos categorías.*

*“De otra parte, desde el ángulo de la categoría normativa, como lo ha expresado la Sala en innumerables oportunidades, la ley ‘**sustancial**’ es aquella que **confiere derechos a las personas, declara, constituye, extingue o modifica, obligaciones**. (...). Las **normas procesales**, o adjetivas, son aquellas que regulan el **procedimiento para hacer efectivo el derecho sustancial**.*

*“Se advierte entonces, que las normas que regulan conductas e imponen sanciones tienen carácter ‘sustancial’ y no procedimental, (...)”<sup>78</sup> (resaltado fuera de texto).*

*En este sentido, encuentra el Tribunal que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no es una norma exclusivamente procesal, en la medida en que en su primer inciso confiere un derecho a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando establece que ellas “... podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”.*

*El referido artículo, en su parte inicial, confiere indudablemente una facultad de derecho sustancial para declarar el incumplimiento e imponer unilateralmente sanciones a favor de las entidades públicas, facultad de la que carecían antes de la vigencia de la Ley 1474, en la medida en que la consagrada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 está reservada para los casos en los que se hubiera pactado en el contrato estatal tal posibilidad, y considerando que, como quedó ya dicho, antes de la vigencia de esta última las entidades públicas carecían de*

---

<sup>76</sup> Corte Constitucional sentencia C-398 de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>77</sup> Corte Constitucional sentencia C-662 de 2004. M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes. Posición reiterada también en la sentencia C-227 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 10 de noviembre de 2000. C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié. Radicación número: 25000-23-27-000-1999-0715-01-10870.

*cualquiera de estas prerrogativas. Así lo reconoció el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de octubre de 2005, ya reseñada previamente.*

*“Es decir, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 creó un derecho sustancial a favor de las Entidades Públicas en materia de ejecución de los contratos estatales; motivo por el cual, dicha norma, en particular su inciso primero, no puede ser calificada como procesal, de aquellas concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o aquellas concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios...”*

El análisis de la consecuencia en la aplicación de esta norma, posterior a la celebración del acuerdo negocial, no determina como lo establece el demandante una nulidad de la cláusula válidamente celebrada o si acaso una nulidad sobrevenida, en la medida que, no se advierte ni se probó una causal que determine bajo los postulados del Código Civil y del artículo 44 de la ley 80 de 1993, que pueda aplicarse al caso concreto.

No puede afirmarse en el presente caso, que, por la expedición de una norma posterior al negocio válidamente celebrado, devino una causal que determine un objeto ilícito o causa ilícita, que establezca como consecuencia su nulidad.

En ese orden de ideas y dado que el motivo de nulidad de los apartes ya señalados de la cláusula 26, se fundamenta en la norma de origen que fue precisamente el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, procederán parcialmente las pretensiones incoadas en la medida que como se ha relacionado no encuentra el Tribunal que la misma pueda fundarse en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Poco pacífico ha sido el debate en desarrollo de los efectos frente a cláusulas contractuales, cuando devienen normas posteriores. Al respecto señala HINESTROSA, *“Es elemental la afirmación de que la invalidez del negocio jurídico obedece a una anomalía o irregularidad cometida o presente al momento de su celebración, por lo mismo que es una sanción a la disconformidad del comportamiento negocial con los dictados normativos relativos a la formación del acto de autonomía. Así las cosas, desde la propia formación de la teoría del negocio jurídico se ha planteado el tema de la suerte del acto que, habiéndose celebrado válidamente, puede llegar a perder su validez o su eficacia en razón de circunstancias ocurridas posteriormente...”*

*“La invalidez originaria es algo que va de suyo, comoquiera que corresponde a una disconformidad congénita del negocio con las normas que regulan su formación y señalan sus requisitos esenciales, en tanto que la invalidez sobrevenida consistiría en una disconformidad posterior, debida a hechos ocurridos luego de celebrado el negocio válidamente, como si este no fuera ya una entidad independiente, y pudiera resultar contraventor a posteriori.*

*Para comenzar, no huelga insistir en la diferencia entre ineficacia e invalidez nulidad, y la consiguiente interferencia, al margen de su significado común o ausencia o pérdida de efectos, en fuerza de su razón de ser. La validez o invalidez del negocio es algo remitido al momento de su celebración, en razón de la correspondencia o no correspondencia de la conducta particular con las normas a propósito. Otra cosa es si, por circunstancias posteriores, un acto dispositivo pleno y legítimo no resulta idóneo para la producción de sus efectos típicos en razón del advenimiento de hechos que cambian la situación. Ello querrá decir que no es eficaz, que no puede producir aquellos efectos (aquellos pendientes), o que dejará de producirlos, pero que no devenga inválido. El problema se muestra, entonces, íntimamente relacionado con la cuestión de la retroactividad o, mejor, de la retrospectividad de los efectos de la ley nueva (cfr. supra no. 278): no debiendo el jus superveniens volver sobre el pasado, en lo que hace a los contratos de ejecución diferida, la ley imperativa que prohíbe determinada disposición está llamada a afectar las prestaciones pendientes, pero no los hechos cumplidos, que quedan en firme, de modo que lo que ocurre es una incompatibilidad entre la regulación en curso, legítima para cuando se celebró el contrato, y la nueva actitud restrictiva de la autonomía negocial que introduce el ordenamiento. En otras palabras, para la cancelación de los efectos por este motivo no es menester acudir a la figura de la*

Mismas reflexiones habrán de predicarse de las pretensiones relacionadas específicamente con las disminuciones realizadas, en la medida que se fundan en iguales argumentos a los acá expuestos, esto es la nulidad derivada de violación del debido proceso, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Finalmente, y en cuanto a la solicitud del Señor Agente del Ministerio Público concerniente en que se declare incompetente el Tribunal para pronunciarse sobre las pretensiones correspondientes, por considerar que se tratan de cláusulas exorbitantes,

---

*nulidad. Para ello está la ineficacia ex nunc...*” HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. Editorial Universidad Externado de Colombia. Páginas 733 y ss. Bogotá.

En tal sentido e incluso basándose en igual doctrina, ha establecido el Consejo de Estado: “(...) Sin embargo, sigue siendo cierto que el contrato incorpora la ley imperativa vigente a la fecha de su celebración, bajo esa ley debe ser juzgada su legalidad y el contenido obligacional que a su vez se constituye en ley para las partes. Por ello, frente a la mutación en el estatus de un acuerdo contractual, el cual en principio dispone actividades permitidas y que luego son prohibidas por la ley nueva, no se predica un evento de “nulidad sobreviniente” sobre el pacto original, el cual continúa siendo válido al amparo de las leyes vigentes al momento de su celebración, tal como lo dicta el contenido del artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Entonces, frente a la ejecución de una actividad pactada o de un acuerdo societario permitido en el momento en que se constituyó la persona jurídica o en el que se formalizó el respectivo acuerdo y que, luego, queda prohibido o restringido por ley posterior, no tiene lugar la configuración de un vicio de nulidad, puesto que la previsión estatutaria -o el pacto contractual a su amparo se creó de conformidad con la ley. A juicio de la Sala el asunto que se acaba de plantear se resuelve bajo el derecho de las obligaciones, toda vez que por razón de la ley posterior prohibitiva se configura la obligación de objeto imposible, respecto de la cual no puede exigirse la ejecución futura puesto que resultaría violatoria de la ley. Se apoya lo anterior en una reflexión sobre la fuente primigenia de las obligaciones que es el contrato y en la dinámica del negocio jurídico de tracto sucesivo en el cual las obligaciones -y los derechos correlativos- pueden encontrarse sometidos a términos y condiciones variables en el tiempo de vigencia del contrato. De acuerdo con el Código Civil, la obligación se entiende moralmente imposible cuando su objeto viola la ley y, por otra parte, se advierte en dicha normativa que la condición a la que se somete la existencia de un derecho o el cumplimiento de una obligación se torna fallida cuando -dicha condición- se hace imposible. En términos concretos, la Sala se aproxima a la caso en cuestión indicando que, si el acuerdo de pago con las utilidades futuras estaba permitido a la luz de la legislación vigente en el momento en que se celebró, no deviene en nulo por el hecho de que una ley posterior lo hubiera prohibido total o parcialmente. En ese evento, la obligación pasa a clasificarse dentro de aquellas de objeto imposible y no puede ser prestada ni exigida después de que entra a regir la ley prohibitiva, toda vez que a lo imposible – en este caso a la ejecución ilegal- nadie está obligado. Si se trata de una obligación sometida a un acuerdo condicional de carácter suspensivo, que por virtud de la nueva ley se torna vedado para las partes, la condición se entenderá fallida por cuanto no podrá ejecutarse a partir de la imposibilidad moral de hacerlo, en virtud de la prohibición legal. Puede ser que el supuesto de la prohibición legal sobreviniente tipifique una ineficacia de la obligación, en caso de que la ley así lo califique – como lo hizo el Código de Comercio con algunos actos en materia de sociedades, entre otros muchos sancionados con la ineficacia- o que ante la modificación legislativa se consolide una justa causa para no continuar con el cumplimiento de lo pactado, sin perjuicio de que se configure, eventualmente –depende de la ecuación financiera del respectivo convenio- una circunstancia imprevista y lesiva del equilibrio contractual, por razón de la disposición normativa sobreviniente. También cabe el supuesto bajo el cual ocurra una causal de terminación del contrato, ante la imposibilidad de ejecución subsiguiente. Por último, se trae a colación que, desde la perspectiva del derecho de las obligaciones, el contrato puede comprender prestaciones de cosa futura de manera que en el derecho común no está prohibido el pacto sobre cosas que no existen; empero se requiere – para la legalidad del acuerdo referido- que el objeto de la obligación sea física y moralmente posible”. (Destaca la Sala) La doctrina especializada también se ha pronunciado sobre los efectos de la aplicación retrospectiva de la ley en el sentido de descartar la configuración de una nulidad para, en su lugar, referirse más bien a una ineficacia sobrevinida bajo el entendido de que la disposición nueva sólo podría alterar las prestaciones pendientes del contrato válidamente celebrado, más no los elementos de validez o existencia (capacidad de las partes, consentimiento, objeto y causa)” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 1 de junio de 2022. Consejero Ponente: Jaime Rodríguez Navas. Radicación. 25000-23-36-000-2013-00716-01 (56007).

limitadas por la cláusula compromisoria, el Tribunal considera que conforme a los postulados señalados en su momento por la Sentencia 12 de agosto de 2013 del Consejo de Estado<sup>80</sup>, existe competencia del Tribunal para pronunciarse, en la medida que el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 no modificó el artículo 14 de la ley 80 de 1993, y por ende las multas no corresponden a las cláusulas excepcionales allí referenciadas.

Por último y en lo que concierne a la pretensión declarativa vigésima octava relacionada en el texto de la demanda reformada, considera el Tribunal que no puede predicarse un incumplimiento a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura, a partir de la declaratoria de nulidad originada en la contravención de las reglas señaladas en la cláusula para garantizar el debido proceso, según los parámetros previstos por el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

En efecto, y tal como se ha establecido, no puede endilgarse como incumplimiento, precisamente haber acatado una cláusula pactada, pero que contiene un procedimiento que en consideración de este Tribunal hace que determinados y específicos apartes sean nulos.

### **5.3. El análisis de las pretensiones de condena y de la Vigésima Sexta Declarativa Principal.**

La demandante en el numeral 2.2.2. de la demanda reformada, establece como pretensiones vigésima novena, trigésima, trigésima primera, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a restituir las sumas que hayan sido objeto de descuento, en virtud de las disminuciones efectuadas.

Por su parte en la pretensión trigésima segunda, se solicita se condene también a la restitución de las sumas descontadas entre el 1 de septiembre de 2021 y el 1 de noviembre de 2021 y hasta la fecha del laudo.

Al respecto e independientemente del análisis que realizará el Tribunal en materia del posible incumplimiento o no por parte de CSR de sus obligaciones contractuales, conforme a las pretensiones de la Agencia Nacional de Infraestructura en la demanda de reconvención, es menester señalar que la consecuencia de la nulidad de las sanciones económicas acá estudiadas y que fueron objeto de impugnación, hacen de suyo que cualquier suma que haya sido descontada por tal motivo, deba ser objeto de restitución en favor del Concesionario.

---

<sup>80</sup> Relacionada en los antecedentes de este capítulo.

Es por ello por lo que el Tribunal accederá a las pretensiones de condena señaladas, sin perjuicio, se reitera del estudio que en materia de incumplimiento del Concesionario se realizará más adelante en este laudo.

De igual forma, la continuidad en los descuentos realizados con posterioridad a la presentación de la demanda y de su reforma, también debe ser objeto de restitución, como consecuencia exclusivamente de la declaratoria de nulidad de las sanciones.

En tal sentido, la pretensión declarativa vigésima sexta principal, también será despachada favorablemente.

Ahora bien, en lo que se refiere a la pretensión Trigésima Segunda el Tribunal procederá a denegarla, en la medida en que no se especifica a cuál disminución o disminuciones hace referencia ni tampoco aporta prueba en tal sentido.

Finalmente, y atendiendo a la prosperidad parcial de las Pretensiones Vigésima Novena, Trigésima y Trigésima Primera, el Tribunal debe pronunciarse sobre lo pedido en la pretensión Trigésima Tercera de la demanda reformada de CSR y/o sus subsidiarias.

Al respecto pone de presente que **CSR** pide en la pretensión Trigésima Tercera que sobre las sumas de condena a las que se acceda, solicitadas en el numeral 2.2.2. de su demanda reformada, se condene a la ANI a pagarle intereses de mora a la tasa máxima vigente desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva del pago.

El Tribunal considera que tal pretensión no tiene vocación de prosperidad, si se tiene en cuenta que la obligación de restituir las sumas descontadas al concesionario por la aplicación de las disminuciones con base en la cláusula 26 del contrato, solo surge como efecto de la declaratoria de nulidad del numeral 26.3 relativo al procedimiento para su imposición, y a partir de la ejecutoria de esta providencia.

Por las mismas razones no hay lugar a condenar al pago de intereses corrientes (pretensión Primera subsidiaria a la trigésima tercera), porque se reitera la obligación de restituir esas sumas de dinero no existía, ni se había determinado y solo surge a partir de esta providencia.

El Tribunal accederá a reconocer la corrección monetaria que se solicita en la pretensión Segunda Subsidiaria de la Trigésima Tercera, sobre las sumas de condena que prosperaron del numeral 2.2.2 de la demanda reformada desde su aplicación, hasta la fecha efectiva de su pago, por lo ya indicado frente a este tema en el capítulo anterior, esto es, en razón a la naturaleza que tiene la corrección monetaria o indexación, que busca corregir la depreciación que sufre el dinero en el tiempo por la

incidencia de ciertos factores de la economía, mantener constante el valor del dinero, evitando la pérdida de su poder adquisitivo, y con la que se pretende, según ha señalado la Corte Suprema de Justicia, hacer efectivos los principios de la equidad y de plenitud del pago.

## CONCLUSIONES

El Tribunal declarará nulos los apartes subrayados del numeral 26.3 de la cláusula 26 del contrato de concesión:

**“Si el Concesionario informa al Interventor y al INCO dentro de los tres (3) Días siguientes al Día en que se haya informado la disminución en su remuneración, su desacuerdo con la procedencia de tal disminución, o respecto a su tasación o cuantificación, las sumas disminuidas serán transferidas a una Subcuenta especial, la cual creará en ese momento y únicamente para este fin, diferente de la Subcuenta de Predios, de la Subcuenta de Pagos del INCO, de la Subcuenta de Interventoría, la Subcuenta Ambiental, de la Subcuenta de Excedentes del INCO y de la Subcuenta Principal. El INCO se pronunciará dentro de los diez (10) Días siguientes respecto a las razones expresadas por el Concesionario. Si el INCO no se pronuncia dentro de este plazo o el Concesionario no está de acuerdo con lo expresado por el INCO, se acudirá al Amigable Compondor, de acuerdo con lo previsto en la CLAUSULA 57 de este Contrato...”** (El subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo señalado, prospera parcialmente la pretensión vigésima primera de la demanda reformada, parcialmente la primera subsidiaria a la pretensión vigésima segunda en los apartes subrayados del numeral 26.3 de la cláusula 26 del contrato de concesión. Prosperan parcialmente las pretensiones vigésima cuarta, vigésima quinta y vigésima séptima.

En lo que concierne a los efectos de la nulidad impetrada, prosperarán, la pretensión vigésima sexta, así como las pretensiones condenatorias vigésimo novena, trigésima trigésima primera. y segunda subsidiaria a la trigésima tercera.

Por las razones expuestas denegará las demás pretensiones del numeral 2.2.1. de este grupo de pretensiones.

### 5.4 Pronunciamiento sobre las excepciones.

La convocada formula en su escrito de contestación de la demanda reformada, lo siguiente:

**1. EL TRIBUNAL CARECE DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LAS DISMINUCIONES CONTRACTUALES.**

**3.8.1. De conformidad con la Cláusula 57.5.6. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 “la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento. **Tampoco se someterá a arbitramento las controversias sobre la aplicación de las disminuciones a la remuneración del Concesionario establecidas en este Contrato**”, esto es, que por expresa disposición de las partes los asuntos que ahora pretenden ser ventilados ante el H. Tribunal fueron excluidos de forma expresa y directa de su competencia...”**

Al respecto el Tribunal denegará la excepción formulada en la medida que la limitación establecida en la cláusula 57 el contrato de concesión original pactado fue modificada en su integralidad de común acuerdo entre las partes según el otrosí No. 8. En el mencionado otrosí, las partes decidieron eliminarla, por lo que no es procedente la carencia de competencia alegada en la contestación de la demanda.

En efecto, según lo previsto en la cláusula tercera del mencionado otrosí, las partes acordaron en su numeral 2, literal g:

**“TERCERO. Modificar la Cláusula 57. SOLUCION DE CONTROVERSIAS, del Contrato de Concesión No. 007 del 13 de agosto de 2007, la cual quedará así:**

**2. Arbitraje Nacional**

*(g) El 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...”*

Por otra parte, y en la medida que tal como se ha analizado, el tratamiento de las disminuciones establecidas en el contrato no obedece al concepto de exorbitancia, ni al de cláusulas excepcionales señaladas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, el Tribunal es competente para decidir las controversias planteadas.

**2. Incumplimiento contractual imputable a CSR: La Concesionaria San Rafael ha incumplido a tal punto sus obligaciones que no existe justificación que motive o genere la responsabilidad de la ANI.**

La excepción propuesta, también será denegada, por cuanto el tema nuclear que concita el pronunciamiento a cargo del Tribunal, consiste en la posible nulidad de la cláusula 26 pactada, y de las disminuciones que originaron las sanciones económicas en contra del contratista.

En ese orden de ideas el análisis de la nulidad impetrada, al obedecer a posibles vicios de origen en el acuerdo realizado, no puede enervarse a través de la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, citada por la convocada. Además, dicho planteamiento, el de la responsabilidad por un posible incumplimiento a cargo de la concesionaria San Rafael, será objeto de estudio por parte del Tribunal, al resolver las

pretensiones incoadas en la demanda de reconvención formulada por la Agencia Nacional de Infraestructura.

**3. De la Interpretación auténtica del Contrato de Concesión y de la teoría de los actos propios: Concesionaria San Rafael pretende desconocer que durante siete (7) años ha reconocido la vinculatoriedad de las disminuciones en la retribución.**

Al respecto, considera el Tribunal que no es procedente la aplicación de la teoría de los actos propios en el caso planteado.

En efecto, la mencionada teoría exige tres condiciones o requisitos para su aplicación<sup>81</sup>:

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

En ese orden de ideas y analizada la conducta desplegada por el contratista, no advierte el Tribunal que ella sea atentatoria a la buena fe, por cuanto las pretensiones planteadas, obedecen a posibles causales de nulidad derivadas de violación de normas imperativas, donde no puede predicarse la aplicación de la teoría de los actos propios, en tanto precisamente el debate sometido a consideración tiene fundamento en el principio de legalidad.

**4. Inexistencia de las causales para declarar la nulidad de la cláusula veintiséis (26) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.**

El Tribunal según los argumentos planteados en el presente laudo, despachará de forma parcialmente favorable la mencionada excepción, en la medida que sólo unos apartes del procedimiento señalado en el numeral 26.3 de la cláusula serán declarados nulos, manteniéndose en lo demás su integralidad.

**Precisión Final**

Ahora bien, en el escrito de alegaciones la Convocada, argumentó la posible presencia de una prescripción por el paso del tiempo, que sana cualquier escenario de nulidad de las disminuciones realizadas.

---

<sup>81</sup> BORDA, Alejandro. La Teoría de los actos propios. Un análisis desde la Doctrina Argentina. En *Venire contra factum proprium*. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. Cuadernos de extensión Jurídica 18. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Pág. 43.

Al respecto, considera el Tribunal que la citada argumentación, no fue formulada como excepción en la contestación de la demanda, por lo que la misma, no puede ser objeto de análisis como argumento sobreviniente, conforme a lo señalado por el Artículo 282 del Código General del Proceso.

Establece el mencionado artículo:

*“Resolución sobre excepciones.*

*En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*

*Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada...”*

## **C. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE ANI**

### **I. PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES**

**“PRIMERA PRINCIPAL:** *Que se declare que el trece (13) de agosto de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones-INCO-hoy Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y la Concesionaria San Rafael S.A. celebraron válidamente el Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

**SEGUNDA PRINCIPAL:** *Que se declare que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y sus otrosíes se encuentran vigentes y su contenido es vinculante para las Partes.*

**TERCERA PRINCIPAL:** *Que se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, de conformidad con los hechos, actuaciones y omisiones que resulten probadas en la demanda de reconvencción.*

#### **1.Consideraciones del Tribunal**

La pretensión PRIMERA PRINCIPAL, por tratarse de un asunto de carácter general, se analiza y resuelve en la parte inicial correspondiente a la demanda reformada presentada por la Concesionaria San Rafael S.A.

Respecto de la pretensión SEGUNDA PRINCIPAL, encuentra este panel que el Consejo de Estado ha distinguido entre plazo de ejecución y vigencia del contrato considerando que existe un plazo de ejecución, que una vez transcurrido permite

conocer el real cumplimiento del mismo; y otro plazo para su liquidación, siendo este último el que termina jurídicamente el contrato.<sup>82</sup>

En el caso del contrato 007 de 2007, se encuentra que, en el Acta de Reversión y Entrega suscrita por las partes, de fecha 12/03/2022, en el párrafo del numeral CUARTO, se lee:

*“Tampoco constituye Acta de liquidación del contrato, momento sí en el cual deberá verificarse de manera definitiva sobre el cumplimiento del contrato, haciendo alusión expresa a todas las condiciones de la ejecución del contrato de Concesión...”*

Y, en el numeral quinto se consigna:

*“Con la suscripción de la presente Acta no se modifican las obligaciones acordadas en el Contrato de Concesión 007 del 13 de agosto de 2007 y demás instrumentos contractuales.”*

El concesionario, al pronunciarse respecto de esta pretensión parte de que el Contrato de Concesión, así como sus Otrosíes se encuentran vigentes. Sin embargo, se opone en que los otrosíes firmados modificaron ciertos apartes del Contrato.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que no ha vencido el término para la liquidación del contrato, esta pretensión está llamada a prosperar y así, se declarará que el Contrato de Concesión 007 de 2007 y sus otrosíes se encuentran vigentes y sus disposiciones son vinculantes para las partes en tanto no hayan sido modificadas.

En relación con la pretensión TERCERA PRINCIPAL, se declarará la prosperidad de la misma, de acuerdo con el análisis y los puntos temáticos siguientes en los que se discriminan cada uno de los incumplimientos

## **II.PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL RIESGO DE EVASIÓN TARIFARIA.**

Pretensiones consagradas en el numeral 3.2. del escrito de demanda de reconvención reformada. Este grupo comprende:

**Pretensiones Declarativas PRINCIPALES:** Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima, Octava y Novena en las que se reclama, en su orden, que se declare que de conformidad con lo dispuesto en las secciones 10.28 y 10.31. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael S.A. tenía la obligación de desarrollar todas las actividades y medidas de control tendientes a impedir la evasión y elusión del pago de peajes; que la misma Concesionaria, de conformidad con las secciones 1.59., 1.71.,

---

<sup>82</sup> Consejo de Estado- S III – 18/03/2004- Exp. 15936- C.P: R. Hoyos Duque

1.73., 12.1. y 12.7. del citado Contrato de Concesión, debía asumir por su cuenta y riesgo los efectos, favorables y desfavorables, derivados del impago del peaje y su evasión; que desde el diez (10) de agosto de 2018, se ha presentado una situación de evasión permanente de pago en el Peaje Chicoral; que la Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión, al no haber desarrollado actividades ni ejecutado medidas de control efectivas tendientes a impedir la elusión y/o la evasión del pago del Peaje Chicoral, las cuales se encontraban bajo su propia cuenta y riesgo; que la Concesionaria tiene la obligación de asumir el costo de la evasión y/o elusión del peaje Chicoral desde el diez (10) de agosto de 2018 hasta la fecha en que se profiera el laudo; y, que las sumas por concepto de la evasión de este peaje deben ser imputadas al Ingreso generado del Proyecto, y, por lo tanto, se deben contabilizar como parte del Ingreso Esperado en el laudo.

Pretensión SUBSIDIARIA a la SEXTA PRINCIPAL: se declare que desde el diez (10) de agosto de 2018, se ha presentado una situación de elusión permanente de pago en el Peaje Chicoral.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones declarativas, en el numeral 3.9, formula las siguientes:

“Pretensiones de condena:

**“PRIMERA PRINCIPAL:** Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a imputar el valor de lo dejado de percibir en el Peaje Chicoral con ocasión de la materialización del riesgo de la evasión/ elusión desde el diez (10) de agosto de 2018 y hasta el quince (15) de junio de 2021 al ingreso esperado, y por lo tanto, se contabilicen como parte del ingreso esperado, el cual se encuentra tasado en la suma de **SEIS MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$ 6.728.846.533).**”

**“SEGUNDA PRINCIPAL:** Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a imputar el valor el monto de la evasión del Peaje Chicoral desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo al ingreso esperado, y por lo tanto, se contabilicen como parte del ingreso esperado.”

## **1. Posición de la parte Convocante en Reconvención.**

La ANI, Convocante en reconvención, argumenta que en el Contrato de Concesión 007 del trece (13) de agosto de 2007, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI) y **CSR**, se estableció claramente que las contingencias derivadas del no pago y de la evasión tarifaria debían ser asumidas, mitigadas y administradas por **CSR**. Que en la sección décima se consagraron las obligaciones de la Concesionaria frente a este tema resaltando las de establecer por su cuenta y riesgo las medidas de control con el fin de impedir la evasión y elusión del pago de peajes y de dar los avisos

correspondientes a las autoridades de tránsito y colaborar con las mismas en el control de la utilización de las vías para lo cual debía realizar, a su costo, un convenio con las autoridades de tránsito competentes y acordar el soporte logístico requerido para prestar el servicio; y, que de acuerdo con la cláusula 12, este era un riesgo que asumiría la Concesionaria.

Hace referencia al laudo proferido dentro del trámite arbitral 116306 del 12 de abril de 2021, en el que se estudió el fenómeno de la elusión y evasión, transcribiendo del mismo la siguiente conclusión:

***“La obligación relativa a evitar la Elusión contenida en la cláusula 10, numerales 10.31 y 10.32 del Contrato de Concesión 007 de 2007 corresponde a una en que la Convocante actúa como deudora y la ANI como acreedora; además, la Cláusula 10 fue predispuesta por el INCO/ANI y la Convocante la aceptó por formar parte de los términos y condiciones del Contrato de Concesión como se desprende de los hechos de la demanda y de su contestación.”***

En el numeral 4.2. **HECHOS RELACIONADOS CON EL INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE ADOPTAR MEDIDAS PARA EVITAR LA EVASIÓN EN LOS PEAJES DEL PROYECTO**, (Hechos 68 a 83) señala:

Que el 10 de agosto de 2018, la interventoría del Contrato de Concesión, envió al Concesionario y a la ANI el oficio CMAB-1-476-0196-18, en el que manifestaba que había observado una presunta evasión del peaje de Chicoral por parte de unas volquetas particulares que tomaban vías rurales alternas que colindaban con la Finca los Limones (PR19+00- PR16+800), y que posteriormente ingresaban por la ruta 4004B al Proyecto, indicando: i) que esos predios contaban con tres (3) accesos que conectaban internamente; ii) se localizaban entre el PR 17+870 y el PR17+900 RN 4004B Tramo 1 Variante Chicoral CI; y iii) tenían acceso por la vía a cargo de la Convocada y por la vía perteneciente al proyecto Girardot-Honda-Puerto Salgar, y que en su mayoría eran camiones grandes, determinando así mismo los recorridos que éstos realizaban.

Que la Concesionaria, en comunicación GIC-IB-2018-0664, informó a la interventoría las acciones que había realizado para disminuir la evasión, a saber: i) Instalación de señalización en zona de peaje y aproximación al mismo; ii) Convenio de cooperación con la Policía Nacional; iii) Defensas judiciales en acciones relacionadas con la elusión; iv) Traslados de peticiones a la Concesionaria ALMA; y, v) Celebración periódica de Comités de seguridad vial.

El 16 de octubre de 2018, realizaron una mesa de trabajo con la Policía, la Interventoría y el concesionario para atender los efectos de la evasión y, el 23 de noviembre de 2018, con oficio CMAB-1-476-0447-18, la interventoría solicitó al Concesionario,

requerir a la policía para que se pronunciara sobre las medidas que debían adoptarse para el efecto; a la vez, la Concesionaria envió a la citada institución el oficio GIB-IB-2018-0986, solicitando pronunciamiento formal sobre el asunto. El 23 de enero de 2019, la Concesionaria con oficio GIC-BG-2019, dio traslado de la respuesta dada por la Policía Nacional en la que señala no ser competente para impedir el ingreso a un predio privado.

El 30 de septiembre de 2019, destaca: *“ocho (8) meses desde el pronunciamiento de la Policía Nacional”*, la Superintendencia de transporte le remitió a la Convocada el oficio ST 20197100484281, informándole que la Interventoría, -no el concesionario-, le puso de presente las circunstancias en que se ha dado la evasión y le hizo algunos requerimientos, producto de lo cual le solicita: *“remitir a este Despacho un documento que evidencie la gestión adelantada y consolide dicha información, al igual que emitir un pronunciamiento y/o posición de la firma concesionaria...”*

El 13 de diciembre de 2019, la Concesionaria dio respuesta a través del oficio CMAB-1-476-1112, exponiendo los efectos, causas y consecuencias de la evasión, así como el estimado de vehículos, horas y días de menor recaudo.

El 29 de marzo de 2020, la ANI solicitó a: ALMA; a la alcaldía de Coello y al DITRA, tomar acciones según correspondiera para evitar la evasión del peaje Chicoral. El 09 de octubre de 2020, el Concesionario realizó comité de seguridad vial en el que informó que programaría una reunión con la concesionaria ALMA para evitar la evasión del peaje Chicoral, que se realizaba por predio perteneciente a esa concesión.

El 11 de febrero de 2021, la interventoría recomendó a la ANI corregir problemas con el predio “El Limón”, que la Concesión Alto Magdalena realizara verificación al citado predio ubicado en el PR4+600 RN 40TLO6 a su cargo, debido a que el acceso existente no cumple con los requerimientos de la resolución 716 de 2015 ya que por ese predio ingresan la mayoría de los vehículos evasores. En respuesta, el 04 de mayo de 2021, la ANI solicitó a ALMA, informe y las medidas adoptadas por la Concesión Alto Magdalena para mitigar la evasión.

De los anteriores hechos concluye que la Convocada en Reconvención ha incumplido el Contrato 007 de 2007 al no haber adoptado ninguna medida *“eficiente, certera y conducente que haya permitido mitigar los efectos de la evasión de la Estación de Peaje Chicoral, y, por lo tanto, será responsable de los efectos desfavorables ocasionados, así como de los perjuicios que le han sido generados a la ANI”*

## 2. Posición de la parte Convocada en Reconvención- CSR.

CSR, parte Convocada en Reconvención, en la respuesta a la demanda de reconvención presentada por la ANI, reconoce como ciertos algunos de los hechos invocados por la Convocante, especialmente en cuanto a documentos, aclarando que respecto de su contenido y alcance se atiene a su tenor literal (Hechos: 13, 16, 68, 69, 71, 73, 74, 75, 79, 80, 81 y 82)

Con relación a los demás hechos, afirma:

En los hechos que sobre la materia se encuentran relacionados en el numeral 1º, *“HECHOS RELACIONADOS CON LOS ASPECTOS SUSTANCIALES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN N° 007 DE 2007”*, afirma: al Hecho 11, en el que se invoca la Cláusula 10 del contrato, afirma que la ANI omite indicar que tales estipulaciones ya fueron objeto de interpretación por parte del juez del contrato en el Tribunal de Arbitramento (Caso116306), lo cual resulta determinante para resolver el presente caso toda vez que el supuesto de hecho que plantea la ANI corresponde a un típico caso de elusión y no de evasión, razón por la cual considera que se equivoca la ANI al sugerir un supuesto incumplimiento del concesionario sobre la base de estipulaciones contractuales que corresponden a una evasión, cuando la realidad es que la reclamación recae sobre un típico evento de elusión que no le es atribuible al Concesionario como ya se definió con efectos de cosa juzgada en el Tribunal antes citado.

El Hecho 12, lo contesta separadamente afirmando que es cierto que la cláusula 12 del contrato de concesión se refiere a los riesgos asignados al concesionario, entre los que se encuentra el de variación de la demanda y rentabilidad del negocio, pero que no es cierto: i) que los conceptos de evasión y elusión sean asimilables; ii) que las consecuencias jurídicas de uno y otro sean asimilables, iii) que el Concesionario sea responsable de las consecuencias adversas del evento que se reclama toda vez que corresponde a un típico caso de elusión que como ya fue definido por el Tribunal 116306, no es atribuible al Concesionario.

Al Hecho 14, el que considera parcialmente cierto, aclara que la ANI refiere al Tribunal anterior convenientemente e incluso cita algunos apartes de forma descontextualizada; señala que el citado Tribunal acogió la interpretación del Concesionario y que la ANI incluye una transcripción parcial de dicha decisión, omitiendo parte fundamental en la que expresa que: *“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.”*

Al Hecho 15, lo considera parcialmente cierto en razón a que lo que transcribe la ANI corresponde con el Laudo en referencia, pero en forma descontextualizada y sin exponer las conclusiones en las que se estableció que la Elusión es un riesgo asignado en el contrato pero que: i) ese riesgo no fue definido por las partes; por consiguiente, no fue tipificado y, ii) tampoco se fijaron sus elementos constitutivos, por lo que en aplicación de las reglas de interpretación de contratos (C.C.), se trata de un término ambiguo que debe ser interpretado en contra de la ANI.

Al Hecho 17. Considera que no es cierto en razón a que lo transcrito por la ANI, no corresponde a la conclusión del Tribunal en el caso 116306, que esta transcripción corresponde a un párrafo del inicio del análisis, para corroborar lo dicho transcribe el texto completo relativo al hecho en cuestión, señalando que el citado Tribunal concluyó que: *“comoquiera que fue la ANI la que redactó el Contrato de Concesión -en particular, la elusión fue un término predispuesto por la ANI-, entonces en aplicación del artículo 1624 del Código Civil, al ser la elusión un término ambiguo, debe ser interpretado en contra de la ANI y en favor del Concesionario y por tanto “el efecto jurídico es que no se le puede imputar a la Convocante (Concesionario) la violación de la obligación de impedir la Elusión del pago del peaje de Gualanday”*, llama también la atención en cuanto a que ese Tribunal advirtió que la ANI no aportó siquiera prueba sumaria de una explicación sobre el alcance de la elusión.

Ahora bien, a los *“LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE ADOPTAR MEDIDAS PARA EVITAR LA EVASIÓN EN LOS PEAJES”*, responde:

Al Hecho 70, que no le consta que la interventoría haya determinado los recorridos que se relacionan como los realizados por los vehículos que la convocante llama “evasores”, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevaron a cabo tales determinaciones.

Al Hecho 76, afirma que no es cierto que el Concesionario sea contractualmente responsable de adoptar medidas para evitar la evasión. Llama la atención sobre que la Superintendencia de Transporte enmarca las situaciones descritas como una “elusión” de peaje y no como una “evasión”, en coincidencia con lo decidido en el caso 116306.

Al Hecho 77, considera que no es cierto que las actuaciones del Concesionario con ocasión de la situación descrita no respondan al criterio de diligencia esperado de un experto estructurador y ejecutor de proyectos de infraestructura

y relaciona las acciones adelantadas las que considera muy por encima de sus obligaciones contractuales.

Al Hecho 78, dice tratarse de un hecho incompleto, carente de coherencia lo que lo libera de pronunciarse sobre el mismo. Al Hecho 83, considera que no es cierto que el Concesionario haya incumplido el contrato de Concesión y que las situaciones de hecho correspondan a un evento de evasión sino de elusión como se determinó en el caso 116306.

Con fundamento en lo anterior, la Concesionaria propone las siguientes excepciones:

- La interpretación del contrato de concesión frente a la evasión y la elusión:
- LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA.
- La ausencia de incumplimiento del concesionario frente a la elusión del peaje de Chicoral.
- La inexistencia de un evento de evasión y la inexistencia de una obligación a cargo de concesionario de asumir el riesgo bajo los numerales 1.59, 1.71., 1.73., 12.1 y 12.7 del contrato de concesión.
- La inexistencia de una obligación de reintegrar a la ANI las sumas dejadas de cobrar por el proyecto derivadas de una situación de elusión o de evasión.
- No está probado el valor de los peajes dejados de pagar por los supuestos de hecho de que trata la reforma a la demanda de reconvención.
- En todo caso, el concesionario está asumiendo los efectos desfavorables de los vehículos que no pasan por las estaciones de peaje y pagar a la ANI el menor valor recaudado es un doble castigo.
- Ausencia de perjuicios para la ANI
- El concesionario ha cumplido el contrato de concesión tomando las acciones pertinentes y conducentes para controlar la elusión.

### **3. Posición de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE-.**

En su intervención, la representante de dicha Agencia señaló que *“COADYUVA las pretensiones de la demanda de reconvención reformada por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, en ejercicio de las funciones que le atañen para la defensa de los intereses del Estado y la protección del patrimonio público”*, sin hacer expresa manifestación respecto de este punto específico de la demanda de reconvención objeto de estudio en este acápite.

#### 4. Concepto del Ministerio Público

El señor agente del Ministerio Público emitió su concepto refiriéndose al punto en estudio en el numeral 5.2.1.1., en el cual consigna que **CSR** aduce la existencia de cosa juzgada formal y material en el laudo de fecha 12 de abril de 2021 proferido dentro del trámite 116306 y que, por tanto, este Tribunal debe atenerse a lo allí decidido sobre el riesgo de evasión de peaje, en adición a que los hechos de la Reforma a la Demanda de Reconvención no corresponden a una evasión sino a una elusión. Criterio que no comparte dicho Ministerio toda vez que no se cumplen los requisitos de que trata el artículo 303 del C.G.P., por cuanto la controversia del citado caso se refería a determinar los efectos del no pago del peaje de Gualanday, con lo cual no habría identidad de objeto y causa. Afirma que las consideraciones que se tuvieron en el citado Laudo respecto del significado de los términos elusión y evasión pueden ser de utilidad como fuente auxiliar del derecho para resolver esta controversia.

Igualmente, refiere que según la cita del Laudo que hace el Concesionario, la excepción formulada por la ANI fue negada en los siguientes términos: “... *Esta excepción de mérito será rechazada, pues, como se explicó, el Contrato predispuesto por la ANI no tipificó los elementos constitutivos de la Elusión, ni la ANI entregó las explicaciones que pudieran hacer claridad al respecto, **lo que impide hacer un análisis de su presunto incumplimiento**” (Resalta fuera de texto).*

Resalta que en esa oportunidad el rechazo obedeció a que por imposibilidad de hacer un análisis del presunto incumplimiento la ANI no tipificó los elementos constitutivos de la elusión, ni entregó las explicaciones que pudieran hacer claridad al respecto. Afirma: “*Ello permite inferir que no hay cosa juzgada en los términos alegados por la Concesionaria*”

Respecto de la existencia de la obligación a cargo del Concesionario de adoptar medidas de control efectivas tendientes a impedir la elusión y/o evasión del pago del peaje Chicoral, hace referencia a las cláusulas 10.30 y 10.32 del Contrato, concluyendo que respecto de estas obligaciones no se observa prueba de su cumplimiento, que si bien es una obligación de medio y no de resultado, se satisface el cumplimiento con la acreditación de la debida diligencia del Concesionario y la gestión oportuna, pertinente, adecuada y suficiente para impedir la evasión y/o elusión lo cual en el presente caso no se demostró debidamente. Indica que en el Contrato estatal de concesión está implícito un interés público. Finalmente afirma:

*“...la elusión del peaje y sus efectos negativos económicos no es solo un asunto que afecta al concesionario como mal lo pretende advertir en su defensa.*

*En efecto, la pretensión de incumplimiento formulada por la ANI no se enerva con las excepciones formuladas por la concesionaria y en tal sentido tienen vocación de prosperar”*

## 5. Consideraciones del Tribunal

Teniendo en cuenta los hechos referidos en la Demanda de Reconvención Reformada y su réplica, así como las excepciones propuestas, antes relacionadas, procede este Tribunal a efectuar el análisis pertinente.

### 5.1 De la existencia de Cosa Juzgada en el caso 116306

Corresponde a este panel arbitral, analizar en primer término si existe o no cosa juzgada sobre la materia en el Laudo arbitral del 12 de abril de 2021, proferido en el caso 116306. Al respecto, es preciso referirnos a la regulación vigente sobre la materia:

El artículo 303 del Código General del Proceso, consagra:

*“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes...”*

A la vez, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, dispone:

*“Artículo 189. (...) La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.”*

La jurisprudencia sobre “Cosa Juzgada” ha sido reiterativa en cuanto a que para que se configure, es menester que haya un nuevo proceso, en el que exista identidad de objeto, de causa petendi y de partes.

Sobre la materia, el H. Consejo de Estado<sup>83</sup> ha manifestado:

*“(...) Al respecto, el C.C.A., en concordancia con el Código de Procedimiento Civil, estipulan en cuanto a cosa juzgada que:*

*“Artículo 175. Cosa Juzgada. (...)*

*La sentencia dictada en procesos relativo a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica*

---

<sup>83</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C. P. Alberto Yepes Barreiro. 10 de mayo de 2018. Rad.54001-23-31-000-2007-00348-01

*de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.*

*(...) Sobre el concepto de Cosa Juzgada la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 17 de junio de 2017, indicó lo siguiente:*

*“(...) El fenómeno de la cosa juzgada se encontraba regulado en los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil y artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, cuyo contenido es el siguiente: (...)”*

*En relación con el fenómeno de cosa juzgada, esta Corporación ha indicado que:*

*“(...) Pues bien, en cuanto al fenómeno de la cosa juzgada, cabe advertir que se le ha asimilado al principio del (Non bis in ídem) y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltos a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal claridad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, goza de plena eficacia jurídica, por ello la cosa juzgada comprende todo lo que se ha disputado.*

*También ha señalado que:*

*“(...) Sobre la cosa juzgada, ha dicho la Corte Constitucional que es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas por lo cual ellas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto.*

*El fin primordial de este principio radica en impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, o que se reabra el caso judicial dilucidado mediante el fallo que reviste ese carácter, con total independencia de su sentido y alcances, dotando de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas y dejando espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales.*

*La cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión alcanzada.*

*El fenómeno de la cosa juzgada opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causa petendi juzgada en proceso anterior.*

*Como tal, dicha figura impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica. (...)”*

En el campo doctrinal, el profesor Hernán Fabio López Blanco<sup>84</sup>, en su obra: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”, sobre la materia señala:

*“Caracteriza a la soberanía del Estado el que las decisiones tomadas por quienes ejercen los poderes necesarios para la adecuada marcha de la sociedad sean observadas y respetadas por los asociados: sólo así se garantiza el orden. Entre*

---

<sup>84</sup> INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO -Tomo I Parte General- Ed. ABC-Sexta Ed- Bogotá D.C. 1993.

*las emanaciones de la soberanía estatal figuran las de la imperatividad y coercibilidad de las resoluciones tomadas por quienes ejercen el poder.*

*Esas características se reflejan en algunas de las decisiones de los funcionarios que pertenecen al Poder Judicial, y, por eso, las sentencias que ellos dictan, luego de ciertos trámites, pasan a ser imperativas, son susceptibles de cumplirse coercitivamente, y se hacen inmutables, por cuanto no pueden ser variadas, es decir, hacen tránsito a cosa juzgada. (...)*

*“De otra parte, al impedir la cosa juzgada que los asuntos decididos mediante sentencia sean nuevamente sometidos a debate judicial, contribuye grandemente a dar seriedad a las determinaciones judiciales y a poner término al estado de incertidumbre que surgiría si quien obtuvo providencia, no acorde con sus intereses, pudiera seguir planteándolo hasta lograr un fallo a su favor...”*

Las anteriores precisiones nos llevan a concluir que esta figura jurídica tiene por objeto fundamental impedir que se vuelva sobre un mismo asunto sobre el cual ya existe sentencia ejecutoriada.

Cuando se inicia un nuevo proceso entre las mismas partes y por una misma causa y objeto, se puede afirmar que nos encontramos frente a una “Cosa Juzgada” siempre que estas condiciones operen de manera concurrente. Los conceptos de identidad de causa y objeto son los que ofrecen mayor dificultad en su establecimiento. Sobre el particular, señala el maestro López Blanco en la obra ya citada:

*“... ‘el objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada según el caso’.*

*Ampliamente tratado a nivel doctrinario debido a su importancia, el concepto de objeto del proceso resulta esencial entre otros muchos aspectos para precisar la existencia de cosa juzgada; muchas son las teorías que pretenden explicar cuál es la noción, y vívido ejemplo de ello son las posiciones de nuestra Corte Suprema de Justicia y de uno de los redactores del Código, pues mientras la entidad estima que se encuentra en las pretensiones, el segundo lo ubica en la sentencia.*

*En realidad las dos posiciones son acertadas porque el objeto del proceso no sólo se encuentra en las pretensiones, lo cual equivale a aceptar que igualmente debe buscarse en los hechos en que aquellas se apoyan, sino también en lo decidido en la sentencia, y es por eso que en orden a precisar si existe el mismo objeto en el nuevo proceso deben estudiarse los hechos, pretensiones y sentencia del anterior para confrontarlo con los hechos y pretensiones del segundo a fin de precisar si existe identidad y, caso de darse los otros requisitos, declarar la existencia de cosa juzgada...”*

En el caso en estudio se procede analizar la configuración de “Cosa Juzgada” planteada en la excepción de existencia de cosa juzgada propuesta por la Convocada en reconvencción.

Asimismo, ha hecho énfasis la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en Sentencia del 15 de diciembre de 2017, que, para evaluar la Cosa Juzgada se hace necesario tener en cuenta tanto la parte considerativa o motiva, como la parte resolutive. La Corte

afirma que el “(...) ejercicio de confrontación se debe realizar examinando cuidadosamente los antecedentes del caso y el contenido argumentativo que justifica la decisión previa, en la medida que, aun cuando por regla general la definición del asunto se ve reflejada en la parte resolutive, en no pocas ocasiones también emerge de su parte considerativa (...).<sup>85</sup>

En el escrito de contestación a la demanda de reconvención, el Concesionario propone la excepción de Cosa Juzgada, argumentando:

*“Como ya se indicaba en la respuesta a algunos de los hechos relacionados con este reclamo, la ANI y el Concesionario convocaron un Tribunal Arbitral con el fin de resolver algunas diferencias suscitadas entre las partes en relación con el Contrato de Concesión, las cuales fueron dirimidas en el **Trámite No. 116306 mediante Laudo defecha 12 de abril de 2021.***

*Una de las disputas sometidas al conocimiento del Tribunal Arbitral No. 116306 consistió en el análisis de las obligaciones y riesgos asumidos por el Concesionario en relación con la evasión y la elusión, concretamente las obligaciones contenidas en la Cláusula 10 del Contrato de Concesión, numerales 10.31 y 10.32. Asimismo, determinar si el Contrato de Concesión contemplaba una disminución a la remuneración del Concesionario por el incumplimiento de tales obligaciones.*

*En este sentido, con base en las pretensiones formuladas por el Concesionario y las excepciones planteadas por la ANI, el Tribunal Arbitral No. 116306, entre otros, analizó*

*los conceptos de elusión y evasión; (ii) las obligaciones contenidas en la Cláusula 10 en los numerales 10.31 y 10.32; así como (iii) la tipificación y asignación del riesgo derivado de las obligaciones de impedir la elusión...”*

A continuación, hace referencia a las consideraciones y lo resuelto por el Tribunal Arbitral No. 116306, respecto de:

---

<sup>85</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC21824-2017. Radicación n° 54518 31 84 002 2013 00024 01, Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). MP. Margarita Cabello Blanco. “La tarea de verificación que entraña la cosa juzgada, exige hallar en la sentencia pasada las cuestiones que ciertamente constituyeron la materia del fallo, pues en ellas se centra su fuerza vinculante. Como recientemente lo señaló la Corte (sentencia de 25 de agosto de 2000), aunque técnicamente y de conformidad con lo previsto en el artículo 304, inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, esas cuestiones serían las que formalmente conforman la parte dispositiva de la sentencia, nada obsta para que se integren o se ubiquen en otro sector del contenido material del acto jurisdiccional, porque si éste es un todo constituido por la parte motiva y la resolutive, las cuales conforman una unidad inescindible, la ratio decidendi y por ende la fuerza vinculante de la misma, debe verificarse en lo que lógicamente, no formalmente, se identifica como parte dispositiva, determinando su sentido y alcance a partir de los elementos racionales que ofrece la parte motiva o considerativa. Pero como ciertas cuestiones se entienden resueltas en la sentencia, así no haya pronunciamiento expreso, bien porque, como lo tiene dicho la Corte, “el acogimiento de una pretensión envuelve necesariamente la repulsa de otra o de otra excepción, ya porque sean incompatibles, ya porque en la parte motiva expresamente se expusieron los hechos que determinaban el rechazo”, surge lo que se ha denominado juzgamiento implícito que aparejaría la llamada cosa juzgada implícita (sentencia de 15 de junio de 2000)”.

Los conceptos de elusión y evasión contenidos en las obligaciones de los numerales 10.31 y 10.32 del Contrato de Concesión y, la tipificación y asignación del riesgo derivado de la obligación de impedir la elusión.

Revisado el Laudo proferido dentro del Caso 116306, adelantado entre las mismas partes del ahora proceso 13085, observa este Tribunal que las pretensiones allá planteadas hacían referencia a la Elusión del pago de la tarifa del Peaje de Gualanday mientras que las pretensiones de este proceso recaen sobre “*el valor de lo dejado de percibir en el Peaje Chicoral con ocasión de la materialización del riesgo de la **evasión/elusión**”* de tal manera que no existe identidad de objeto, en consecuencia, no se configura la Cosa Juzgada conforme se ha definido legal y jurisprudencialmente toda vez que sobre la situación del peaje de Chicoral no hay un pronunciamiento con fuerza ejecutoria que deba permanecer incólume.

En consecuencia, compartiendo en este punto el criterio del Agente del Ministerio Público, y sin perjuicio de que como el mismo lo anota, las consideraciones del Laudo proferido en el proceso 116306 sean tomadas como fuente auxiliar del derecho, la excepción de Cosa Juzgada no está llamada a prosperar

## **5.2 Del Presunto Incumplimiento del Concesionario respecto de las Obligaciones Contractuales de adoptar medidas para evitar la evasión en los peajes. evasión/elusión en el peaje de Chicoral**

Este Tribunal procede a continuación a analizar las pretensiones de la demanda de reconvención relativas a: que se declare que de conformidad con lo dispuesto en las secciones 10.28 y 10.31. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, CSR. tenía la obligación de desarrollar todas las actividades y medidas de control tendientes a impedir la evasión y elusión del pago de peajes; que la misma Concesionaria, de conformidad con las secciones 1.59., 1.71., 1.73.,12.1. y 12.7. del citado Contrato de Concesión, debía asumir por su cuenta y riesgo los efectos, favorables y desfavorables, derivados del impago de peaje y su evasión; que desde el diez (10) de agosto de 2018, se ha presentado una situación de evasión permanente de pago en el Peaje Chicoral; que la **CSR** incumplió el Contrato de Concesión, al no haber desarrollado actividades ni ejecutado medidas de control efectivas tendientes a impedir la elusión y/o la evasión del pago del Peaje Chicoral, las cuales se encontraban bajo su propia cuenta y riesgo; que la Concesionaria tiene la obligación de asumir el costo de la evasión y/o elusión del peaje Chicoral desde el diez (10) de agosto de 2018 hasta la fecha en que se profiera el laudo; y, que las sumas por concepto de la evasión de este peaje deben ser imputadas al Ingreso generado del Proyecto, y, por lo tanto, se deben contabilizar como parte del Ingreso Esperado en el laudo.

De las cláusulas contractuales:

La cláusula 10 del Contrato de Concesión 007 de 2007, consagra:

*“OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO:*

*El Concesionario será responsable de la ejecución completa y oportuna de todas las actividades que componen el Objeto del presente Contrato, de conformidad con lo previsto en este documento, en sus anexos, en el pliego de condiciones y sus apéndices y demás documentos que lo integran. Para tales efectos, el Concesionario deberá realizar todas las acciones, a su costa y riesgo tendientes al cabal cumplimiento de este Contrato y en particular tendrá a su cargo incluyendo, pero sin limitarse, las siguientes obligaciones, además de las contenidas en normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, en otras cláusulas del presente Contrato o en los documentos que lo integran, y las que se desprendan de su naturaleza:*

*(...)*

*10.31. Establecer, a su cuenta y riesgo, las medidas de control con el fin de impedir la evasión y elusión del pago de **Peajes***

*10.32. 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 elusión en el pago de **Peaje**. Con este fin deberá realizar -a su costo- un convenio con las autoridades de tránsito competentes y acordar con ellas el soporte logístico requerido para prestar el servicio...”*

Hace referencia la convocante en reconvenición a las secciones 1.59, 1.71 y 1.73, que corresponden, en su orden, a las definiciones de “Peaje o Tarifa (s) de peaje, Riesgo Comercial y Riesgo de Cartera, para concluir que de acuerdo con lo previsto en los numerales 12.1 y 12.7, del mismo contrato 007, el Concesionario asumió los riesgos derivados de la rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas.

Por su parte, el Concesionario en su alegato de conclusión, plantea en primer lugar la diferencia entre los conceptos elusión y evasión, concluyendo:

*“Sobre el particular debe llamarse la atención en cuanto a que esto no es un aspecto menor de cara al estudio de las pretensiones en el Laudo que ponga fin al presente trámite arbitral, toda vez que el Tribunal deberá tener en cuenta, por ejemplo, frente al estudio de la pretensión Segunda Principal de Condena que la ANI solicita el pago de una suma de dinero sobre una supuesta “evasión” la cual no se corresponde con el supuesto de hecho que ocurre en el presente caso y por tanto, por ese simple hecho deberá ser negada.” (...)*

*“Lo anterior, es aún más palmario en el escrito mediante el cual la ANI descorrió traslado de las excepciones formuladas por el Concesionario al sostener que “en cualquier caso la definición de elusión sustenta las pretensiones de la ANI”<sup>86</sup> y al desarrollar este aspecto, precisamente lo que hace la ANI es tratar de moldear o acomodar su argumentación para decir que (i) en efecto el supuesto de hecho presentado frente al Peaje de Chicoral es una elusión pero que, en cualquier caso,*

---

<sup>86</sup> Memorial de oposición a las excepciones presentadas en la contestación de la reforma a la demanda de reconvenición página 3.

*(ii) el concepto de elusión permite sustentar las pretensiones de la ANI, se insiste, aun cuando en los hechos que le sirven de base la ANI siempre hace referencia a una evasión (hechos 68 a 83)*<sup>87</sup>.

Trae a colación lo manifestado por el ingeniero Orlando Rivera, director de Operación y Mantenimiento de la Concesionaria quien, en su declaración ante este Tribunal, manifestó:

*“SR. RIVERA: [00:07:50] Si señor. Para efectos que pues hay dos términos que se manejan en este tema de los peajes, de las concesiones viales está la **evasión**, que es cuando el vehículo llega a la estación de peaje como tal no efectúa su pago y continúa a eso es determinado como evasión y la **elusión** es cuando algún usuario se vale de otros caminos, de manera paralela a la vía nacional o sensiblemente paralela para evitar una obligación.”*<sup>88</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Sobre este punto en particular, considera este Tribunal debe referirse al análisis efectuado por el Tribunal Arbitral de 12 de abril del 2021. Caso 116306, que resolvió controversias entre las mismas partes integrantes de este nuevo proceso, en el que, sobre la materia, estableció:

#### **“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 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.*

---

<sup>87</sup> Como lo podrá verificar el Tribunal Arbitral en estos hechos específicos la ANI siempre hace referencia al fenómeno de evasión, refiere a los “vehículos evasores” y nunca utiliza la palabra elusión ni eludir entre los hechos 68 y 83 (Numeral 4.2 del capítulo de hechos) los cuales sirven de fundamento a sus pretensiones.

<sup>88</sup> Tomado de la transcripción realizada por el Centro de Arbitraje.

*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 Contrato de Concesión es un contrato estatal que requiere para su celebración, como cuestión de principio, el adelantamiento de una licitación previa por parte de la Entidad Estatal. Así lo establece el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 que señala expresamente las excepciones al principio, es decir, los casos en que la Entidad Estatal puede celebrar directamente los contratos.*

*En la licitación que está obligada a adelantar la Entidad Estatal esta tiene normalmente un contrato modelo que contiene los términos y condiciones generales a que debe someterse el contratista. A dichos términos y condiciones se agrega la oferta que fue aceptada por la Entidad Estatal para conformar el contrato estatal.*

*La obligación relativa a evitar la Elusión contenida en la cláusula 10, numerales 10.31 y 10.32 del Contrato de Concesión 007 de 2007 corresponde a una en que la Convocante actúa como deudora y la ANI como acreedora; además, la Cláusula 10 fue predispuesta por el INCO/ANI y la Convocante la aceptó por formar parte de los términos y condiciones del Contrato de Concesión como se desprende de los hechos de la demanda y de su contestación.*

*Para confirmar lo anterior, el INCO abrió por Resolución 441 del 25 de julio de 2006 la Licitación Pública SEA-L-007 para celebrar un Contrato de Concesión relativo al Proyecto Vial Girardot-Ibagué-Cajamarca.*

*Por Resolución 465 del 16 de julio de 2007, el INCO adjudicó la Licitación Pública a la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria San Rafael S.A.*

*El 13 de agosto de 2007 se suscribió el Contrato de Concesión 007.*

*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.*

***El Tribunal tuvo oportunidad de establecer que el concepto de Elusión era polisémico en el Contrato de Concesión, es decir, que puede tener dos o más significados lo que lo califica como ambiguo y, en consecuencia, la Cláusula 10 en sus numerales 10.31 y 10.32 debe interpretarse contra la ANI, Entidad Estatal acreedora, y a favor de la Convocante, sociedad deudora. El efecto jurídico es que no se le puede imputar a la Convocante la violación de la obligación de impedir la Elusión del pago del peaje de Gualanday.***

***Pero si se acudiera a la regla de interpretación llamada contra proferentem del inciso segundo citado, el Tribunal tendría que llegar a la misma conclusión, es decir, que la Convocante no puede ser responsable de la violación de la obligación de impedir la Elusión pues no aparece en el acervo probatorio una explicación de la ANI sobre el alcance preciso de dicha Elusión...”*** (Negrillas fuera de texto)

Sea lo primero establecer que este panel arbitral al igual que el que integró el Tribunal 116306, encuentra que el concepto de Elusión es el que más se ajusta a la situación de hecho que se plantea, es decir, el uso de una vía diferente para no pasar por la caseta de peaje.

Ahora bien, teniendo en cuenta que nos encontramos frente al mismo contrato y que revisado su clausulado no se hallan elementos adicionales a los referidos por el Tribunal anterior, acoge este Tribunal la tesis que en el respectivo laudo se consigna, de tal manera que si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 10 del contrato de Concesión 007 de 2007, numerales 10.31 y 10.32., **CSR** tenía que establecer las medidas de control con el fin de evitar la evasión y elusión de peajes y dar los avisos pertinentes a las autoridades competentes no lo es menos que en el contrato no se plasmaron los elementos constitutivos de esa elusión de donde derivar la respectiva responsabilidad.

Tal como se señaló en el caso 116306, en el evento sometido a consideración de este Tribunal se observa que de acuerdo con lo manifestado en las declaraciones del ingeniero Orlando Rivera director de Operación y Mantenimiento de la Concesionaria y de la ingeniera Diana Gutiérrez de Piñerez de la Interventoría MAB, la llamada elusión se daba en un desvío sobre la vía de la Concesionaria Alto Magdalena respecto de la cual no tenía injerencia **CSR**; además, la acción se desarrollaba en un predio de propiedad privada, razón por la cual muy poco podía hacer **CSR** toda vez

que no podía oponerse a que un automotor circulara por ese predio. Tanto es así, que la misma Policía, en respuesta al oficio GIB-IB-2018-0986 enviado por la Concesionaria, manifestó carecer de competencia para el efecto.<sup>89</sup>

De conformidad con lo expuesto, sobre las pretensiones de este grupo, este Tribunal considera que:

En la pretensión Cuarta Principal, la Convocante en reconvención solicita: *“Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en las secciones 10.28 y 10.31. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael S.A. tenía la obligación de desarrollar todas las actividades y medidas de control tendientes a impedir la **evasión y elusión** del pago de peajes”*, pretensión que está llamada a prosperar en cuanto a lo que en ella se consagra.

En la Quinta principal, se pide: *“Que se declare que, de conformidad con las secciones 1.59., 1.71., 1.73., 12.1. y 12.7. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael S.A. debía asumir por su cuenta y riesgo los efectos, favorables y desfavorables, derivados del impago del peaje y su evasión”*, tal como la anterior, está llamada a prosperar en cuanto al texto que en ella se consagra.

Las pretensiones: sexta Principal y la Primera subsidiaria a ésta, en las que se pide: *“Que se declare que desde el diez (10) de agosto de 2018 se ha presentado una situación de evasión permanente de pago en el Peaje Chicoral.”* Y, *“Que se declare que, desde el diez (10) de agosto de 2018 se ha presentado una situación de elusión permanente de pago en el Peaje Chicoral.”* No prosperan toda vez que adicional a lo ya señalado en cuanto a que no se hallan en el contrato los elementos para configurar la elusión, encuentra este Tribunal que tampoco se pudo demostrar de manera técnica el tiempo durante el cual se presentó la presunta elusión del peaje de Chicoral, en razón a que el peritaje hecho por la firma Consultores de Negocios S.A.S., se elaboró por el periodo que se le solicitó sin un análisis técnico de su parte, así lo manifestó el perito, quien interrogado sobre el particular, dijo<sup>90</sup>

*“DR, LEIVA: (00:47:48) Doctor Luis Humberto por qué iniciaron el cálculo en el 2018 y no en la fecha en la que se hizo la toma de la muestra de los aforos?”*

*SR. L.H. RAMIREZ: (00:48:01) Precisamente la forma como está planteada la pregunta que dicen el 10 de agosto de 2018 hasta el 13 de marzo de 2022, si mal no recuerdo.*

*DR LEIVA: (00:48:12) Entonces la fecha de inicio se la da la pregunta del apoderado?”*

*SR. L. H. RAMIREZ (00:48:16) Es correcto doctor Leiva*

---

<sup>89</sup> Comunicación N° S-2018-066774 del 19 de diciembre de 2018.

<sup>90</sup> Transcripción Centro de Arbitraje.

*DR. LEIVA: (00:48:20) No tiene ningún sustento técnico o financiero que usted nos pudiera explicar es una fecha tomada por el apoderado.*

*SR L.H. RAMIREZ: (00:48:28) No de nuestra parte doctor >Leiva., si usted se fija, la pregunta es muy precisa”*

La séptima principal: “*Que se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al no haber desarrollado actividades ni ejecutado medidas de control efectivas tendientes a impedir la elusión y/o la evasión del pago del Peaje Chicoral, las cuales se encontraban bajo su propia cuenta y riesgo.*” Este Tribunal se pronunciará en el sentido de que no prospera toda vez que si bien es cierto que el riesgo se asignó a la Concesionaria en el Contrato, no lo es menos que para poder configurar el mismo no se definieron los supuestos de hecho con base en los cuales se configuraría; no se encuentra dentro del contrato descripción de los elementos que configuran la elusión; además, como ya antes se señaló, muy pocas eran las acciones que hubiera podido adelantar el Concesionario ante las circunstancias de hecho en las que se predica se presentó la elusión.

Adicional a lo anterior, es preciso tener en cuenta que **CSR** desarrolló acciones tendientes a controlar la elusión tales como la señalización vertical y horizontal de la vía, reuniones con el Concesionario Alto Magdalena, convenio con la Policía Nacional celebrado en el año 2008, requerimientos tanto a la policía Nacional como a la Dirección de Tránsito y Transporte del Tolima. Sobre el particular, en la declaración rendida por el ingeniero Orlando Rivera, director de Operación y Mantenimiento de la **CSR**, se lee:

*“DR. LEIVA: [00:21:40] Ingeniero La concesionaria San Rafael le ha indicado a la ANI y a la Superintendencia que dentro de las medidas que ha tomado está la instalación de señalización vertical y horizontal usted nos puede referir a qué se refiere eso?*

*SR. RIVERA: [00:21:54] Claro, nosotros para la construcción de la vía que fue en el 2010 y esto se ha venido en el 2010. Se instalaron y se señaló la vía con el manual de señalización del 2004 y en el 2015. Como este problema salió después del 2015, pues nosotros actualizamos esta señalización al Manual de señalización del 2015 expedido por el Ministerio de Transporte y de allí pues se señaló las aproximaciones al peaje que no requería el manual de que nosotros hiciéramos una señalización de aproximación indicando o informando a los a los usuarios que se están acercando a la estación de peaje.*

*Peaje a un kilómetro, peaje de 500 metros, peaje a 300 metros unas señales de talanquera unas señales de llamémoslo así, retén desde donde tiene que detenerse para efectuar el pago del peaje y la señalización horizontal que conducía allá al peaje el Chicoral.*

*DR. LEIVA: [00:22:45] Ingeniero ustedes se han comunicado con la concesión alto Magdalena a efectos de ver cómo pueden atender esta situación?*

*SR. RIVERA: [00:22:53] Sí, doctor, nosotros tuvimos un acercamiento con ellos. En el año 2018. Si no estoy mal, para octubre del 2018 nos reunimos, convocamos*

*las dos interventorías tanto la de Alto Magdalena como la de concesionaria de San Rafael, las dos concesiones y la policía para poder abordar este tema.*

*La Policía sí fue muy contundente en esa respuesta y en la respuesta también de los comunicados que nosotros enviamos diciendo que de que eso era una situación que era difícil de controlar. Eso sí, nos lo dijo la policía. Sin embargo, como medidas se tomaron el tema del conteo y en algunos momentos la policía nos pudo apoyar, pero pues no tenían como la no sé, el argumento legal para poner alguna orden de comparendo a estos vehículos.*

*DR. LEIVA: [00:23:51] Ingeniero y además de la Policía se ha manifestado a la concesión San Rafael en los términos que usted acaba de indicar ha hecho activamente alguna acción ha tomado alguna acción, ha hecho algún operativo alguna cosa?*

*SR. RIVERA: [00:24:06] Si, claro. Los operativos de la policía, cuando nosotros lo solicitamos en virtud del convenio, nosotros celebramos un convenio con la Policía en el año 2008. Así lo exige la ANI, así se celebró desde el año 2008 para que nosotros tuviéramos un apoyo de la policía y en contraprestación de estos, pues se pagan unos, unos auxilios a cada uniformado.*

*Conforme a esto y apoyándonos con este convenio de policía, se hacía la solicitud a esta institución ellos nos apoyaban más que ir a hacer un comparendo, porque como lo referí, ellos decían que no tenían alguna facultad de peso para poder hacer un comparendo de lo que puedan hacer a un control de documentos de los vehículos que entraran allá.*

*DR. LEIVA: [00:24:57] Es decir, controlaban que el vehículo tuviera los papeles, pero no podían impedir el ingreso al carreteable privado?*

*SR. RIVERA: [00:25:06] Así es, doctor. Así lo refirió a la policía. No pueden. No podían impedir ese carreteable o ese ingreso. Lo que sí puedan era verificar los documentos. Y si algún vehículo no cumplía con la normatividad en cuestiones de documentos, pues hacían su respectivo comparendo o inmovilización si hubiere caso a eso”.<sup>91</sup>*

Esas gestiones fueron relacionadas por el Concesionario San Rafael en la comunicación GIC-BG-2019-1713 del 13 de diciembre de 2019, dirigida a la Superintendencia de Transporte (aportada por el testigo antes citado e incorporada al expediente) en la que hacen referencia a la emisión de comunicados dirigidos a la Policía Nacional, Dirección de tránsito y transporte del Tolima, verificables en los anexos a la misma: GIC-IB-2018-0986 del 10 de diciembre de 2018, GIC-IB-2019-1327 del 08 de noviembre de 2019 y, reunión con trabajadores de la Concesionaria Alma en la que solicitaron colaboración con el acceso dejado por el costado de la vía.

Respecto de las pretensiones octava y novena principales: “Que se declare que Concesionaria San Rafael S.A. tiene la obligación de asumir el costo de la evasión y/o elusión del peaje Chicoral desde el diez (10) de agosto de 2018 hasta la fecha que se profiera el laudo.” “Que se declare que las sumas que por concepto de la evasión del peaje de Chicoral deben ser imputadas al Ingreso generado del Proyecto, y, por lo tanto, se contabilicen como parte del Ingreso Esperado en el laudo.”

---

<sup>91</sup> Tomado de la transcripción realizada por el Centro de Arbitraje.

Consecuencialmente a lo resuelto frente a las anteriores pretensiones, éstas tampoco prosperarán.

Al no ser procedentes las pretensiones anteriores relativas a la configuración del incumplimiento, tampoco procederán las subsiguientes de condena, a saber: PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENADA y, SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENADA.

### **5.3 Las Excepciones propuestas por la parte Convocada en Reconvención.**

Respecto de las excepciones de la parte Convocada en reconvención CSR, a saber: (i) la existencia de cosa juzgada; (ii) la ausencia de incumplimiento del concesionario frente a la elusión del peaje de Chicoral; (iii) la inexistencia de un evento de evasión y la inexistencia de una obligación a cargo de concesionario de asumir el riesgo bajo los numerales 1.59, 1.71., 1.73., 12.1 y 12.7 del contrato de concesión (iv) la inexistencia de una obligación de reintegrar a la ANI las sumas dejadas de cobrar por el proyecto derivadas de una situación de elusión o de evasión; (v) No está probado el valor de los peajes dejados de pagar por los supuestos de hecho de que trata la reforma a la demanda de reconvención. (vi) en todo caso, el concesionario está asumiendo los efectos desfavorables de los vehículos que no pasan por las estaciones de peaje y pagar a la ANI el menor valor recaudado es un doble castigo; (vii) Ausencia de perjuicios para la ANI; (viii) El concesionario ha cumplido el contrato de concesión tomando las acciones pertinentes y conducentes para controlar la elusión, se considera:

La excepción i) Existencia de Cosa Juzgada, en el numeral 6.1 anterior, este Tribunal efectuó el análisis pormenorizado del tema para concluir que esta excepción no está llamada a prosperar.

Al no encontrar prósperas las pretensiones sobre incumplimiento ni las consecuenciales de condena, el Tribunal no entra a considerar las demás excepciones propuestas por la parte Convocada sobre esta materia.

### **III. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE LA CONCESIONARIA PRETENSIONES FORMULADAS BAJO LOS ACÁPITES 3.2.1; 3.3. Y 3.4**

En este aparte del laudo se estudia la prosperidad o no de las pretensiones de la demanda de reconvención y las excepciones contenidas en la respuesta a la reforma de la demanda de reconvención, referentes al incumplimiento contractual que se le imputa a la concesionaria respecto de (i) no mantener los indicadores del proyecto y la reclamación de los perjuicios causados a la ANI por este concepto; (ii) la no

terminación de la segunda calzada de la Variante Gualanday y la reclamación de los perjuicios causados a la ANI; (iii) la no terminación de la ciclorruta a construirse entre Buenos Aires y Gualanday y la reclamación de los perjuicios causados a la ANI.

Para mejor comprensión del asunto, se traerá (1) la argumentación de la ANI (2) lo argumentado por **CSR**. para sostener sus medios exceptivos; (3) la intervención de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y (4) el concepto del Ministerio Público.

### **1. Pretensiones Principales relacionadas con el incumplimiento en el mantenimiento de los indicadores del proyecto (Acápito 3.2.1)**

En el escrito de demanda de reconvención, sobre este presunto incumplimiento se plantean las siguientes pretensiones:

*“DÉCIMA PRINCIPAL: Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo VIII del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael está obligada a mantener durante las Etapas de Pre-construcción y de Construcción y Rehabilitación, un Índice de Estado mínimo de 4.5 a lo largo de todo el trazado del Proyecto.*

*DÉCIMO PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo VIII del Apéndice B del Contrato de Concesión No.007 de 2007, la Concesionaria San Rafael está obligada a mantener durante las Etapas de Operación y Mantenimiento, un Índice de Estado mínimo de 4.5 a lo largo de todo el trazado del Proyecto.*

*DÉCIMO SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que, la Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al no haber mantenido un índice de deflectometría superior a 4.5. en los Tramos 2, 6 y 7 del Proyecto.*

*DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la acreditación del índice mínimo de Estado en todos los tramos del Proyecto, las actuaciones desarrolladas por la Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.10. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

*DÉCIMO CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la acreditación del índice mínimo de deflectometría en los Tramos 2, 6 y 7 del Proyecto, las actuaciones desarrolladas por la Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.10. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

*DÉCIMO QUINTA PRINCIPAL: Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual del concesionario al no haber mantenido un índice de estado superior a 4.5. en todos los Tramos durante las Etapas de Operación y Mantenimiento, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir y pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura el valor de los perjuicios causados al no haber cumplido con los indicadores mínimos de Estado del proyecto, que se determinen con base en las mediciones que se efectúan de acuerdo a las disposiciones del contrato”*

*PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL: Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del*

*incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. ha incumplido este contrato desde el veintitrés (23) de febrero de 2021 al no haber acreditado el cumplimiento del indicador de deflectometría en los tramos dos (2), seis (6) y siete (7) del proyecto.*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL: Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. ha incumplido este contrato desde el veintitrés (23) de febrero de 2021 al no haber acreditado el cumplimiento del indicador de estado en todos los tramos del proyecto.*

Como consecuencia de las anteriores pretensiones declarativas, solicita las siguientes condenas:

*“TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA: Que se condene a la Concesionaria San Rafael (Sic) pagar la suma de DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$18.464.000.000) (Sic) como consecuencia del incumplimiento en los indicadores de mantenimiento del proyecto.*

*CUARTA PRINCIPAL DE CONDENA: Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los indicadores de mantenimiento desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo.*

*PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL DE CONDENA: Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el monto de la disminución de la remuneración por el incumplimiento de los indicadores de mantenimiento desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo.”*

*DÉCIMO SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA: Que en caso de declararse la nulidad la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento del proyecto, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución en la remuneración aplicada a partir del veintinueve (29) de junio de 2014 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

### **1.1. Posición de la parte Convocante en Reconvención ANI**

Respecto del primer aspecto por dilucidar, es decir, el que tiene que ver con los índices de estado del proyecto, la Convocante en reconvención, como se desprende de su narración<sup>92</sup>, afirma que la contratista incumplió tal obligación contractual porque las mediciones efectuadas en pluralidad de oportunidades, a través de visitas de campo realizadas con la presencia del Concesionario, no alcanzaron el resultado requerido en los estándares pactados en el Contrato N° 007 de 2007.

Conforme con lo anterior, según manda el capítulo segundo del apéndice B del contrato, “*El Concesionario deberá realizar los trabajos de conservación, reparación y*

---

<sup>92</sup> Hechos 84 a 112 de la demanda de reconvención

*reconstrucción de la vía que sean necesarios para mantener el índice de Estado de ésta, de conformidad con lo establecido en el presente Apéndice. “Las siguientes actividades y sus indicadores son de cumplimiento desde la etapa de operación y serán verificables cada mes.”*

Agrega, que el capítulo tercero del mencionado apéndice contiene el procedimiento a seguir para efectuar la medición del índice de estado del proyecto, el cual se debe mantener, como mínimo, en 4.5 (cuatro punto cinco) a lo largo de todos los trayectos del proyecto, durante todas sus etapas: pre-construcción, construcción, rehabilitación y operación de todos los tramos.

Del citado texto se lee:

*“El resultado de este procedimiento a través de una calificación permite establecer el cumplimiento o incumplimiento del Concesionario en relación con su obligación de mantener la vía, durante las Etapas de Pre-construcción y de Construcción y Rehabilitación, como mínimo en el nivel de Índice de Estado en el que le haya sido entregada por el INCO, así como con su obligación de mantener un Índice Estado mínimo de 4.5 a lo largo de todos los trayectos del proyecto a partir de la entrada a etapa de operación y hasta la finalización de la Concesión. “El Concesionario, como requisito para entrar a la etapa de operación, deberá garantizar un índice de estado mínimo de 4.5.*

*Es de advertir que esta herramienta no es el único procedimiento para el recibo de las obras al finalizar la Etapa de Construcción y Rehabilitación, ya que para dicho efecto se deben cumplir todos los requisitos definidos en las Especificaciones Técnicas de Construcción, Mejoramiento, y Rehabilitación y en el Contrato de Concesión”.*

El hecho 22 señala que en el capítulo V del nombrado apéndice B, están los parámetros a cumplir respecto de: rigurosidad, ahuellamiento y deformaciones, fisuras y grietas y resistencia al deslizamiento, que deben mantener, como ya se expresó, un índice de “por lo menos 4.5 en cada uno de los Sectores del proyecto, el cual será medido cada seis (6) meses”.

Con base en el resultado de las mediciones pertinentes, se dio inició al proceso de disminución de la remuneración del concesionario por el incumplimiento en la obtención del índice de estado y deflectometría, ya que *“De acuerdo con nuestros compromisos de vigilancia y control adquiridos desde el mes de octubre del año 2012 en relación con el Contrato de Concesión N°007 de 2007, es menester informarles que esta Interventoría procede a dar inicio al proceso de Disminución de la Remuneración a la Concesionaria SAN RAFAEL S.A dentro del Contrato de Concesión N° 007 de 2007, por el incumplimiento de las obligaciones y los plazos máximos establecidos en el Apéndice B del Contrato de Concesión N° 007 de 2007, por el incumplimiento de las obligaciones y los plazos máximos establecidos en el Apéndice B del contrato de Concesión N° 007 de 2007 para corregir y dar cumplimiento al índice de Estado y Deflectometría (...).”*

*“En virtud de los incumplimientos reiterativos de los Indicadores de Estado para todos los tramos y de Deflectometría -tramos dos (2), seis (6) y siete (7)-, a través del Oficio 20213050076061 del dieciséis (16) de marzo de 2021 la ANI le solicitó a Fiduciaria Colpatria actualizar el valor de la disminución de la retribución diaria.”*

Sobre el punto, concluyó la ANI: *“Por todo lo anterior, se evidencia que Concesionaria San Rafael ha incumplido el Contrato de Concesión de forma reiterada, consciente y directa, al encontrarse en mora de más de un (1) año en la acreditación de los indicadores de Estado y Deflectometría del negocio jurídico, es decir, que conoce del efecto que apareja el desconocimiento grave y flagrante de sus prestaciones convencionales.”*

## **1.2 Posición de la parte Convocada en reconvención CSR. Los medios exceptivos presentados por CSR**

CSR formuló, los siguientes medios exceptivos

- Excepción general referida a la violación del debido proceso en cuanto a la disminución de la remuneración por el incumplimiento en los índices de estado del proyecto, la ciclorruta y la no terminación de la segunda calzada de la Variante Gualanday.
- Excepción en relación con las imputaciones de incumplimiento frente a la terminación de la segunda calzada de la Variante Gualanday, la no terminación de la ciclorruta a construirse entre Buenos Aires y Gualanday y los índices de estado y deflectometría. Nulidad de la cláusula 26 del Contrato 007 de 2007

En su escrito de contestación a la demanda de reconvención, CSR expone, en forma general, razones comunes contra la imputación de incumplimiento respecto de los tres aspectos arriba mencionados, basando su afirmación exceptiva, en forma general, en que la cláusula 26 del contrato de concesión es nula por *“...violación al debido proceso y desconocer el trámite administrativo para la imposición de sanciones contractuales.”*; por *“...ausencia de prueba del perjuicio y la imposibilidad de tasarlo con base en los montos objeto de disminución a la remuneración en contra del concesionario...”*; y, *“...la violación al deber de conducta de mitigación del daño derivado del principio de la buena fe.”*

Ante la realidad contractual señalada<sup>93</sup>, afirma que la Interventoría solicitó a la ANI la aplicación de la disminución a la remuneración con las razones que, a su juicio, motivaron ese pedimento, *“...lo cierto es que se trata de una sanción que castiga el incumplimiento contractual y que por ende es improcedente en los términos que lo ha solicitado la Interventoría y aplicado la ANI...”*.

Hace énfasis en que lo llamado por la ANI *“procedimiento”* aplicado al caso presente, en modo alguno corresponde al legalmente previsto para la imposición de esa clase de sanciones, toda vez que con posterioridad a la celebración del Contrato de Concesión el legislador expidió la ley 1474 de 2011 norma que, de forma sobreviniente, consagró el trámite legal a seguir, *“...el cual es de orden público...”* afirma, *“...lo que significa que no es potestativo o facultativo y que no puede ser desconocido por pacto entre las partes, como pretende defenderlo la ANI aludiendo a que se trata de un procedimiento contractual”*.

Sobre el particular, continúa, debe destacarse que: *“...en una controversia entre las mismas partes, que ahora se encuentran Convocadas e interpretando el presente Contrato de Concesión, otro Tribunal Arbitral manifestó expresamente respecto de las sanciones contractuales debe aplicarse el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011:*

*“Al respecto debe señalarse que, tratándose de las sanciones contractuales, tal como lo indica la jurisprudencia, estas pueden ser impuestas ‘Cuándo el plazo de ejecución del contrato ha vencido y las prestaciones no se han cumplido total o parcialmente, antes de la liquidación del contrato o en el acta de liquidación. Respecto de tales sanciones a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 se debe dar cumplimiento a lo dispuesto en esa Ley, que dispone el procedimiento especial para dicha aplicación.’*

*“Lo anterior entonces no solo reafirma que (i) el procedimiento previsto en la Ley 1474 de 2011 es de aplicación inmediata, sino que, por consiguiente, (ii) aplica incluso para contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia, como ocurre para el caso del presente Contrato de Concesión.”*<sup>94</sup>

*Se trata, sin lugar a dudas, “...de una típica sanción contractual de apremio o conminatoria en contra del Concesionario con el fin de que cumpla con sus obligaciones, razón por la cual, es aplicable el debido proceso previsto en la ley y que, no obstante, ello la ANI lo ha desconocido abiertamente, todo lo cual impone que se trate de una sanción improcedente.”*

---

<sup>93</sup> Respuesta contenida en los hechos 84 a 112 del escrito de contestación

<sup>94</sup> Págs. 129 a 132 Contestación de la reforma de la demanda de reconvencción

Como consecuencia de lo anterior, agrega en su alegato de conclusión: “...en la medida en que la disminución contenida en la cláusula 26 del Contrato de Concesión opera de forma automática a solicitud de la Interventoría y con la aprobación de la ANI, se trata de una disposición contractual ilegal o viciada de nulidad, toda vez que contraviene en forma directa la ley aplicable al Contrato de Concesión, pues desconoce el debido proceso administrativo sancionatorio que ha de materializarse en aplicación del derecho fundamental al debido proceso en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.”

En todo caso, “...con independencia de si hubo un incumplimiento o no para ese momento,...” lo cierto es que el Concesionario se puso en situación de cumplimiento respecto de todos los tramos del Proyecto, tal y como lo reconoció la Interventoría mediante oficio C.1082/GC4213/18/5.2 de fecha 7 de marzo de 2018 y, seguidamente, la Entidad reconoció el cumplimiento de Índice de Estado y Deflectometría, razón por la cual, solicitó a la Fiduciaria cesar la disminución a la remuneración mediante oficio No. 2018-306-012488-1 de fecha 24 de abril de 2018.

En este evento, adición, se establece con claridad que las disminuciones aplicadas a la remuneración del ingreso tienen un inminente propósito conminatorio en su contra, “...tan es así que el entendimiento de la ANI (y así lo dispone la propia cláusula contractual) es que una vez el Concesionario se haya puesto al día o haya cesado la situación objeto de incumplimiento, ya no es procedente la disminución,”<sup>95</sup>

Concluye que esta excepción general destinada a que con la aplicación del artículo 26 contractual, se viola ostensiblemente el debido proceso y desconoce el trámite administrativo para la imposición de sanciones contractuales, es próspera porque la ANI omite el principio de la buena fe objetiva al privar al contratista de la remuneración a la cual tiene legítimo derecho, agravando su situación de incumplimiento y extendiéndola en el tiempo.

La ANI entonces, termina el Concesionario la sustentación de su excepción, manifestando que este aspecto general referido al desconocimiento del debido proceso, en lugar de haber adoptado conductas “...racionales, objetivas y acordes con los principios de ius puniendi que tiene en su poder como entidad pública que permitan en efecto lograr una adecuada ejecución del Contrato de Concesión, ha privado al Concesionario de los recursos necesarios para ejecutar las obras que permitan su entrega definitiva y puesta en servicio de los usuarios.”

Ante el ostensible desconocimiento de la ley aplicable al caso concreto, de la buena fe y del acervo probatorio existente, debe prosperar esta excepción porque la conducta de la ANI vulnera el debido proceso y las normas que rigen el derecho contractual.

---

<sup>95</sup> Pág. 74 Alegato de Conclusión

Sobre este aspecto particular, sostiene la convocada que es notoria la ausencia de incumplimiento de este ítem contractual, dada la imposibilidad de controvertir las imputaciones de la ANI en el curso del procedimiento administrativo adelantado en su contra.

Esas obligaciones, afirma en forma categórica, fueron cumplidas.

Debe destacarse, argumenta, que a partir de las intensas inversiones ejecutadas por el Concesionario en los años 2014, 2015, 2016 y 2017, alcanzó la calificación exigida de acuerdo con el Contrato de Concesión respecto de los indicadores del Índice de Estado y Deflectometría de todos los tramos del Proyecto tal y como consta en el oficio C.1082/GC3907/17/7.3.5 de fecha 11 de septiembre de 2017, emitido por la Interventoría Consorcio Interconcesiones, así: *“Realizadas las mediciones de campo indicadas anteriormente, se adelantaron los trabajos de oficina que arrojaron los siguientes resultados para Índice de Estado, en cada uno de los Tramos en que está dividida la Concesión.”*, es decir, que para mayo de 2017, los resultados arrojaron las siguientes cifras: *“TRAMO 1 = 4,8; TRAMO 2 = 4,8; TRAMO 3 = 4,6; TRAMO 4 = 4,8; TRAMO 5 = 4,6; TRAMO 6 = 4,6; y TRAMO 7 = 4,7”*, es decir que la calificación obtenida: 4.7, supera el requerimiento contractual para Índice de Estado que es de 4.5, según argumenta.

Como consecuencia de lo anterior, y después de una gestión del Concesionario ante la ANI, esa entidad reconoce el cumplimiento del Índice de Estado y Deflectometría de los Tramos 1 y 5, razón por la cual, solicitó<sup>96</sup> a la Fiduciaria cesar la disminución a la remuneración, advirtiendo que: *“En cumplimiento de la cláusula transcrita, la Agencia Nacional de Infraestructura, con fundamento en la comunicación C.1082/GC4123/18/5.2 radicado ANI No. 2018-409-023843-2 de 8 de marzo de 2018 remitida por el Consorcio Interconcesiones en su calidad de interventor del proyecto Girardot Ibagué-Cajamarca, le solicita cesar la aplicación de la Disminución en la Remuneración del concesionario aplicada por la causal, consagrada en el numeral 26.1.10 de la cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, agotando el procedimiento previsto en dicha cláusula para tal efecto”*.

Respecto de la aplicación de la disminución a la remuneración, considera que se trata de *“...una típica sanción contractual de apremio o conminatoria en contra del Concesionario, con el fin de que cumpla con sus obligaciones, razón por la cual, es aplicable el debido proceso previsto en la ley y que, no obstante ello, la ANI lo ha desconocido abiertamente, todo lo cual impone que se trate de una sanción improcedente.”*

---

<sup>96</sup> Of. 2018-306-012488-1 de 24/04/2018

A los argumentos ya expuestos, agrega la defensa que, una vez la ANI constató que la medición era superior a 4,5, se vio afectado por las situaciones que son objeto de este Tribunal relativas a la disminución de sus ingresos y la consecuente imposibilidad de realizar oportunamente las inversiones necesarias para el mantenimiento de la vía.

Sobre el particular, se han presentado situaciones externas y no atribuibles al Concesionario que han generado un déficit en el flujo de caja y que, a su turno, impiden atender a cabalidad las intervenciones de mantenimiento.

Afirma, en forma reiterada, que la sanción es improcedente ya que, en su sentir, tales descuentos son ilegales por violación al debido proceso en adición a que no pueden aplicarse de forma retroactiva y, a la fecha, resultan abiertamente extemporáneas.

### **1.3 Concepto del Ministerio Público**

Sobre el punto en cuestión, el señor Procurador Tercero Judicial II para Asuntos Administrativos conceptúa que *“...el concesionario acepta que el cumplimiento de este indicador solo se acreditó hasta septiembre de 2017; en efecto de ello, existió la mora e incumplimiento reclamado por ANI procediendo y validando las disminuciones a la remuneración que le fueron aplicadas por la ANI en su momento.”*

En cuanto a los efectos económicos de esos actos administrativos, señala que en la medida que las disminuciones de la remuneración corresponden a verdaderas cláusulas de apremio o conminatorias no tienen un carácter indemnizatorio de perjuicios, sino meramente sancionatorio por lo que no es aplicable el principio de proporcionalidad de que trata el artículo 1596 del C.C. El concesionario no discute la validez, eficacia y oponibilidad de la tasación de las multas de la cláusula 26 por razón de la proporcionalidad, sino del debido proceso.

### **1.4 Posición de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, comunes a todas las excepciones**

Sobre las pretensiones relativas a estos incumplimientos la Agencia de Defensa Jurídica del Estado no se pronunció, limitándose a solicitar:

*“Es por estos motivos, que respetuosamente solicito al Tribunal que:*

*(...)*

*“3. Encuentre probadas las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI; y que (...) Niegue las excepciones propuestas por la Concesionaria San Rafael S.A. frente a*

*contestación a la demanda de reconvención de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.”*

### **1.5 Consideraciones del Tribunal**

Tres son los aspectos para debatir sobre las argumentaciones planteadas en forma concreta en la reforma de la demanda de reconvención, su contestación, las excepciones formuladas por la Concesionaria y el concepto del Ministerio Público.

La ANI advierte que la aplicación de la cláusula 26 de contrato N° 007 de 2007 se dio porque el concesionario incumplió el compromiso contractual plurimencionado.

La Concesionaria San Rafael, en su defensa, argumenta, como ya se vio, que por causas exógenas a su compromiso llegó a una situación económica que le impidió seguir con lo acordado, pero que antes de los eventos catastróficos cumplió con su carga contractual, como lo aseguró en su exposición ya traída párrafos antes y se sustenta en la documentación que apoya su dicho.

Si bien es cierto que fue objeto de la disminución de su ingreso en aplicación del contenido de la cláusula 26 contractual<sup>97</sup> esa decisión, según asegura aquel, no obedeció al trámite administrativo del procedimiento de origen legal, contenido en la ley 1474 de 2011.

Es del caso, entonces, enfrentar la realidad fáctica aquí presente al argumento transcrito con anterioridad bajo la óptica de lo consagrado por la Ley 1150 de 2007, en su artículo 17, norma sustancial que señala:

*“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

**“PARÁGRAFO.** *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

---

<sup>97</sup> Art. 26 #26.1.14

**“PARÁGRAFO TRANSITORIO.** *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”*

La Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>98</sup>, precisó:

*“Es necesario advertir, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay lugar a dudas respecto de la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, como una forma de conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En virtud, del mismo precepto legal, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al tratarse de la imposición de una sanción, la autoridad administrativa deberá asegurar en su actuación las garantías propias del debido proceso, razón por la cual, la decisión que se asuma deberá estar precedida de “audiencia del afectado, que deberá contar con un procedimiento mínimo.”*

*“Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria.*

*“La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que estos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo. Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico.”*

Mucho aclaran las anteriores citas sobre el punto debatido, pero surgen varios acápites por dilucidar: **(i)** Es la disminución del ingreso del contratista una multa en estricto sentido; **(ii)** Es, en este caso, el trámite contenido en la cláusula 26 contractual el procedimiento para adoptar tal decisión.

En el primero de los eventos señalados **(i)** la multa, en materia contractual, es un medio para “conminar” al contratista estatal a que cumpla con sus obligaciones que, en sentir del Consejo de Estado, es:

*“Aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución el contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento*

---

<sup>98</sup> Sent. 28-11-2009 - Rad: 11001-0326-000-2009-00034-09 – M.P. A. MARÍN

*de sus obligaciones, una vez que se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.*<sup>99</sup>

Es, entonces característica fundamental de la multa ser un medio de apremio para conminar al incumplido a ponerse al día con sus obligaciones contractuales pendientes.

Dice al respecto el tratadista Gonzalo Suárez Beltrán<sup>100</sup>:

*“Nótese que en el caso de las multas, la norma enmarca su posibilidad de ejercicio únicamente en tanto se les use como mecanismo de ‘apremio’, en la medida en que se dispone que las mismas tienen por único objeto ‘conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.’ Lo anterior resulta coherente con la precisión que incluye la norma al exigir que para el efecto ‘...se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista...’ excluyendo, en consecuencia, que se las use con criterio ‘vindicativo’. De esta manera, se soluciona otra recurrente discusión sobre el marco de aplicación de este arbitrio, el que no tiene por su propia naturaleza una finalidad indemnizatoria.”*

Al comparar las transcripciones que anteceden con el texto contenido en la cláusula 26 del Contrato, coinciden en que se trata de medidas adoptadas “...con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, ...”<sup>101</sup>, sin que, claro está, lo liberen del cumplimiento de tales cargas.

Resulta fácil concluir que las medidas de que trata la cláusula 26 del contrato N.º 007 de 2007, en particular el procedimiento estipulado en el numeral 26.3, son parte de la misma esfera jurídica de las multas, tomadas éstas en sentido lato dentro del contexto del derecho contractual estatal y, por ende, son ambas entidades cobijadas por la misma legislación especial.

Por tratarse, entonces de entidades jurídicas de constreñimiento o apremio, debe existir, en observancia del artículo 29 superior, un trámite a seguir para concluir que están presentes las causales que dan mérito a la administración para que adopte e imponga esas medidas.

Para establecer lo anterior, es menester dilucidar si la conducta del contratista se subsume dentro de las causales de imposición por no cumplir con los índices de estado del proyecto, materia que, en el OTROSÍ núm. 12<sup>102</sup> al precitado acuerdo contractual, se refiere a las “Especificaciones técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al usuario” que con tal instrumento modifican “...los numerales 3.2, 3.3, 3.4. y 3.5. del capítulo III del Apéndice B”; estableciéndose el procedimiento para medir el índice de

---

<sup>99</sup> Consejo de Estado – Secc III – M P: J. O. SANTOFIMIO – 10/09/2014 – Rad: 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28875)

<sup>100</sup> SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo - “LA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA” – LEGIS – BOGOTÁ D.C. – 2009. Pag.143 y siguiente.

<sup>101</sup> Sent. ya citada

<sup>102</sup> Firmado entre las partes el 22 de noviembre de 2016

estado en pavimentos flexibles y semiflexibles y el índice general para la medición de índices de estado de los elementos “...*rugosidad; ahuellamiento y deformaciones; fisuras y grietas; resistencia al deslizamiento...*”, que serán medidos cada seis (6) meses y arrojarán un porcentaje de cumplimiento “...*dividiendo el número de requerimientos atendidos por el Concesionario durante el semestre entre el número total de requerimientos efectuados en el mismo período. Este cociente se multiplica por 100 para que quede expresado en porcentaje.*”

En la cláusula segunda del citado documento se lee textualmente:

*“CLÁUSULA SEGUNDA. La metodología acordada en este documento para la medición del Índice de Estado en el corredor vial concesionado, tendrá efectos a partir de su suscripción. A fin de establecer el estado de cumplimiento del Concesionario respecto de la obligación consistente en obtener una calificación mínima de 4.5 en el Índice de Estado de la vía concesionada, la Interventoría adelantará las distintas mediciones y calificará los distintos parámetros a partir de la suscripción de este documento.*”

*“Parágrafo. Las disposiciones contenidas en este OTROSÍ no tienen efecto retroactivo ni retrospectivo y en consecuencia la Disminución en la remuneración del Concesionario aplica por la causal prevista en el numeral 26.1.9 de la Cláusula 26 (sic) tendrá efectos hasta la fecha en que la interventoría certifique en los términos de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión N°. 007 el cumplimiento de la obligación por parte del Concesionario conforme a las disposiciones aquí contenidas.”*

La aplicación de la causal contenida en el Contrato de Concesión No. 007, cláusula 26 - acápite 26.1.9<sup>103</sup>, ha de estar precedida por la medición semestral, la aplicación de una fórmula matemática, que su resultado no puede ser inferior a 4.5 y que, por último, su vigencia se extienda hasta que el interventor certifique el cumplimiento de las obligaciones incumplidas.

Es cierto que el concesionario fue objeto de la aplicación de la medida consagrada en el numeral antes señalado, a manera de apremio, cuando el interventor se percató de que los índices de estado del proyecto no obedecen a los requerimientos contractuales y, por ello, informa a los contratantes y a la fiduciaria tal realidad presente en la

---

<sup>103</sup> “26.1.9. Si el Concesionario incumpliere con las Especificaciones técnicas y normas establecidas en el presente contrato y sus apéndices y no corrigiera dicho incumplimiento después de mediar apremio del Interventor (apremio que puede incluir la orden de rehacer ciertas obras dentro de un plazo determinado), se aplicará una disminución en la remuneración del Concesionario equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada DÍA CALENDARIO transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación, previo requerimiento del Interventor y hasta que el Concesionario demuestre que ha tomado las medidas necesarias y suficientes para corregir el incumplimiento respectivo a satisfacción del Interventor, quien deberá informarlo así al INCO y a la Entidad Fiduciaria a más tardar el día siguiente a aquel en que cese el incumplimiento. Si pasaren más de treinta (30) días calendario sin que se hayan tomados las medidas a que se refiere este numeral, o si hubiere transcurrido el plazo fijado al Concesionario sin que se hayan obtenido los resultados exigidos por el Interventor, el INCO podrá declarar la caducidad del Contrato, de conformidad con la CAUSULA 51.”

ejecución del contrato durante el año 2014 <sup>104</sup> y así sucesivamente con las comunicaciones correspondientes para 2015, 2016 y 2017.

Ya en oficio C-1082/GC4213/18/5.8 <sup>105</sup>, calendado el 08 de marzo de 2018 y debidamente recibido por la ANI, allí consta el sello de recepción, el Consorcio MAB pone de presente que una vez realizadas las mediciones de deflectometría e índice de estado, se da cumplimiento a los indicadores para los tramos 1 y 5, de donde concluye que “...no existe mérito para seguir la disminución para los tramos 1 y 5.”

Con base en lo anterior, la ANI pide a la fiduciaria cesar la disminución de la remuneración.

De lo dicho se desprende, sin lugar a equívocos, que al año 2018 la Concesionaria San Rafael se puso al día en lo que tiene que ver con el incumplimiento de los índices de estado y así hasta ese entonces cumplió cabalmente con esa obligación contractual, respecto de la cual no se puede volver en el tiempo porque, como se transcribió párrafos arriba y reza el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, esa facultad: “...procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.”

En virtud de lo anterior, cualquier requerimiento que se haga por parte de la entidad contratante al respecto carece de fundamento legal. Luego, solo tienen cabida las observaciones hechas con posterioridad al año 2017.

Debe concluirse en este caso que está plenamente demostrado que lo impuesto a la Concesionaria San Rafael S.A. son sanciones equiparables a multas cuyo objeto era constreñirla para que cumpliera a cabalidad con sus obligaciones contractuales. Luego, ante esa realidad, se subsume esta situación dentro de lo normado por el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

**(ii)** Conforme con lo anterior y con apoyo en la conclusión que antecede, es del caso analizar si en el presente evento se dio aplicación a lo requerido por la norma citada en lo que hace al trámite, según el cual, deben adoptarse las medidas impuestas a la Concesionaria San Rafael S.A.

Es claro aquí que el contrato de marras contempla, en su cláusula 26, la forma de aplicar los descuentos en comento, convenidos y contenidos en el contrato suscrito por las partes ahora en contienda, y ante la realidad de que tales decisiones se encuentran dentro de la órbita del derecho contractual sancionatorio, para estar acordes con tales principios debe observar a plenitud el debido proceso, la buena fe

---

<sup>104</sup> Of. 201-409-010769-2 de 28 de abril de 2014 – obrante acápite de pruebas

<sup>105</sup> Obrante acápite de pruebas

del contratista y los trámites adjetivos para que pueda expedirse la resolución motivada “...en la cual se decide la declaración o no del incumplimiento. Por último, si la entidad estatal tiene noticia de la ‘cesación de la situación de incumplimiento’, puede dar por terminado el procedimiento.”<sup>106</sup>

Ha de iniciarse la declaración de incumplimiento con la advertencia, por parte del interventor o de la autoridad contractual competente, la existencia del incumplimiento, por lo cual cita al contratista a quien se enterará en forma “*expresa y detallada*” del informe correspondiente que debe recoger la normatividad aplicable contenida en el clausulado o en la ley pertinente y, por, sobre todo, la noticia de las consecuencias que se derivan de tal circunstancia.

Con respeto pleno del debido proceso, el procesado tiene en su haber todas las garantías que tanto la Constitución Política como la ley consagran en sustento de su defensa, la que debe ser sostenida en la audiencia que para el efecto debe llevarse a cabo.

En el curso de la audiencia, se ordena, se otorga oportunidad de presentar descargos apoyados en las probanzas de rigor para sustentar sus dichos. Es decir, el contenido del artículo 29 de la Carta Superior impera en absoluta claridad, máxime si se tiene en cuenta que se trata del “*derecho condenatorio*”.<sup>107</sup>

Traídas al caso esas garantías fundamentales y conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia al resolver las pretensiones del número 2.2. de la demanda reformada de CSR, de la revisión del copioso acervo probatorio allegado, en verdad no se encuentra que ANI haya dado cumplimiento a las reglas que salvaguardan el debido proceso y el derecho de audiencia del contratista, toda vez que ANI dio aplicación al procedimiento contenido en la cláusula 26, en la que no se observa un procedimiento que brinde garantías suficientes al derecho de audiencia y, en general, al debido proceso del contratista, en los términos en los que se consignaron en acápite anterior de este laudo.

Ciertamente, de las narraciones expuestas en varias oportunidades en este escrito, las decisiones sobre la imposición de los descuentos no fueron resultado del procedimiento legalmente establecido, donde en desarrollo de la audiencia el inculpado se defiende a través del aporte de las pruebas y las alegaciones de rigor, lo que aquí no ocurrió porque la contratante se limitó al intercambio de misivas y, seguidamente, comunicó a la fiduciaria que pusiera en práctica la sanción.

---

<sup>106</sup> C-499/15

<sup>107</sup> SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo - “LA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA” – LEGIS – BOGOTÁ D.C. – 2009

Esta afirmación está debidamente probada en autos y se advierte de la lectura de varias pruebas allegadas, y no criticadas, como son los oficios: C-1082GC-4316-18/7-3-5/04-05-2018, C.1082/GC4315-18/3.5. y C.1082/GC1315-14/5.2, esas misivas simplemente sirvieron de información, pero nunca puede tomarse como inicio de un procedimiento apropiado para el efecto por mandato legal.

Se desconoce en este caso el debido proceso, como derecho fundamental, y el trámite adjetivo que ha de desarrollarse en observancia de aquel, mandado por la ley. Es por esto y por las razones expuestas ya con anterioridad que se decidió sobre la presencia de un “...vicio de origen que no afecta en su integralidad la cláusula<sup>108</sup>, sino que hace que los apartes que contravinieron lo señalado en la disposición legal, deban ser declarados nulos, por ser contrarios a la norma imperativa.”

Con base en lo anterior se dispone que: “...como se declarará la nulidad de parte del procedimiento señalado en el numeral 26.3 de la cláusula mencionada por contravenir el derecho de audiencia y contradicción formulado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, se accederá parcialmente a la prosperidad de la primera pretensión subsidiaria a la vigésimo segunda.

*“De igual forma el vicio que se determina en el presente laudo, también tiene procedencia en la serie de actuaciones que dieron lugar a los oficios mediante los cuales se realizaron las disminuciones frente al avance de las obras de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday, la ciclorruta Buenos Aires – Gualanday y el índice de estado de la vía y deflectometría del pavimento.”*

Muestran los hechos estudiados que está debidamente demostrado que hubo por parte del concesionario un incumplimiento en cuanto a índices de estado del proyecto y deflectometría, conducta merecedora de la sanción contractual conocida, como aconteció; que ese incumplimiento cesó en el año 2017; y que la entidad contratante desconoció los principios normativos vigentes al aplicar un procedimiento violatorio del debido proceso, del derecho de defensa y de las normas legales por el que se terminaron imponiendo los descuentos de marras.

Es de sumar a la consideración anterior que para nada es de recibo, en este punto, la reclamación de perjuicios que hace la ANI sobre el incumplimiento ya analizado, pues apoya su pedido en el examen realizado por su perito CONSULTORES DE NEGOCIOS S.A.S., que obra en autos, cuya base de tasación es: “*El monto de las disminuciones derivadas del incumplimiento de los indicadores...*”<sup>109</sup>, parámetro sin valor probatorio porque toma las medidas conminatorias ya analizadas como elemento principal del perjuicio, sin que aporte elementos de prueba que acrediten el perjuicio

---

<sup>108</sup> 26 del contrato No. 007 de 2007

<sup>109</sup> Pág. 19 del peritaje técnico contable financiero

de la ANI, distintos a los valores consignados en las sanciones, de las que se ha ocupado esta providencia.

Es de tener muy en cuenta también lo manifestado por la firma Esfinanzas Banca de Inversión en su dictamen de contradicción del peritaje técnico elaborado por Consultores de Negocios S.A.S., prueba aportada por la Convocada en Reconvención, respecto de los índices de estado que: *“Están atados al mantenimiento periódico, no al mantenimiento rutinario y que fue este rubro el que se vio sacrificado cuando se dieron las afectaciones en el flujo de caja de la Concesión. Así las cosas, se puede inferir que el perito Consultores de Negocios S.A.S. partió de una premisa errónea al basar sus cálculos en los rubros de mantenimiento rutinario del modelo financiero del contrato y no en los rubros de mantenimiento periódico por lo que dichos cálculos no pueden ser tenidos en cuenta.”*

Lleva lo anterior a señalar también que la ANI reclama que, en el evento en que se declaren nulas las *“...disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento,...”*, este Tribunal como juez del contrato *“...declare que la Concesionaria San Rafael S.A. ha incumplido este contrato desde el veintitrés (23) de febrero de 2021 al no haber acreditado el cumplimiento del indicador de deflectometría en los tramos dos (2), seis (6) y siete (7) del proyecto.”*, como se expone en la pretensión primera subsidiaria a la cuadragésima novena principal, que sí prospera parcialmente, en razón de que sí está probado que la Concesionaria San Rafael incumplió su obligación contractual al no haber acreditado el cumplimiento de los indicadores de deflectometría en los tramos 2, 6 y 7, pero a 12 de septiembre de 2022 y no a *“...23 de febrero de 2021..”*, como está probado.<sup>110</sup>

Igual ocurre con la pretensión bautizada segunda subsidiaria de la cuadragésima novena principal, dado que su intención es de declararse la nulidad de las disminuciones que *“...declare que la Concesionaria San Rafael S.A. ha incumplido este contrato desde el veintitrés (23) de febrero de 2021 al no haber acreditado el cumplimiento del indicador de estado en todos los tramos del proyecto.”*, por lo que prospera parcialmente, en razón de que sí está probado que la Concesionaria San Rafael incumplió su obligación contractual al no haber acreditado el cumplimiento de los indicadores de estado en todos los tramos del proyecto pero a 12 de septiembre de 2022 y no a *“...23 de febrero de 2021..”*, como está probado.

La pretensión *“DÉCIMO SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA: Que en caso de declararse la nulidad la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento del proyecto, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución en la remuneración*

---

<sup>110</sup> Según ANEXO G – CAPÍTULO 3. ACTUALIZACIÓN AL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2022 – INFORME DE ESTADO PENSIDENTES COBSIGANOS EN EL ACTA DE REVERSIÓN – OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO – CONCESIONARIA SAN RAFAEL – CONTRATO DE CONCESIÓN 007 DE 2007

aplicada a partir del veintinueve (29) de junio de 2014 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”, carece de prosperidad porque al tratarse del resultado de un procedimiento ajeno a la ley adjetiva, como quedó claro, las disminuciones que se aplicaron en aquella época, mal podría el Tribunal seguir tratándolas como “...disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento,...”, pues esas “multas” dejaron de serlo.<sup>111</sup>

El análisis que antecede lleva a encontrar **PRÓSPERAS**, entonces, las siguientes excepciones:

- Parcialmente, como está decidido, la Excepción propuesta bajo el numeral 3.2.1. relativa a la *NULIDAD DE LA CLAÚSULA 26 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y DESCONOCER EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES CONTRACTUALES*, con el alcance precisado en el acápite de esta providencia en el que se definió acerca de las pretensiones bajo el número 2.2. de la demanda reformada de CSR.
- La excepción “3.2.1 (SIC) LA VIOLACIÓN AL DEBER DE CONDUCTA DE MITIGACIÓN DEL DAÑO DERIVADO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE”, conforme lo expuesto en las consideraciones relativas a la declaración de nulidad parcial del procedimiento aplicable a las disminuciones contractuales (Cláusula 26.3), y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia arbitral.
- Excepción propuesta bajo el numeral 3.2.2 “Imposibilidad de aplicar sanciones contractuales conminatorias en forma retroactiva y de solicitar al juez del contrato su aplicación” en la contestación a la reforma de la demanda de reconvenición respecto de “LA IMPUTACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR INDICE DE ESTADO Y DEFLECTOMETRÍA”, por las razones que anteceden. Y, así se declarará en la parte resolutive de esta providencia arbitral.
- 3.3.1. Imposibilidad de imponer una sanción contractual respecto de obligaciones que ya fueron cumplidas.
- 3.3.2. “El cumplimiento de la obligación de inversión en relación con el mantenimiento rutinario: el concesionario realizó las inversiones que la ANI estima como incumplidas”, toda vez que, el método utilizado por la ANI para la tasación de perjuicios tampoco es aplicable en este ítem.

---

<sup>111</sup> Pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUADRAGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL.

En relación con los medios exceptivos identificados con los ordinales 3.2.3; 3.2.4 y 3.2.5., el Tribunal no las considera en virtud de la improperidad de las pretensiones declarativas de perjuicios y sus correspondientes condenas, como se determina más adelante.

Conforme con las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral encuentra que las pretensiones que a continuación se señalan, referentes todas al tema de los índices de estado y deflectometría, son **PROCEDENTES**:

**DECLARATIVAS:**

**Décima Principal:** *“Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael está obligada a mantener durante las Etapas de Pre-construcción y de Construcción y Rehabilitación, un índice de Estado mínimo de 4.5 a lo largo de todo el trazado el Proyecto.”* Es próspera, como se señaló, por tratarse una obligación de carácter contractual.

**Décimo Primera Principal:** *Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael está obligada a mantener durante las etapas de Operación y Mantenimiento, un índice de Estado mínimo de 4.5 a lo largo de todo el trazado el Proyecto.”* Es próspera por tratarse una obligación de carácter contractual.

**Décimo Segunda Principal:** *“Que se declare que, la Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al no haber mantenido un índice de deflectometría superior a 4.5 en los Tramos 2,6 y 7 del Proyecto.”* Es próspera por estar probado.

**Décimo Tercera Principal:** *“Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la acreditación del índice mínimo de Estado en todos los tramos del Proyecto, las actuaciones desarrolladas por la Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan dentro de lo estipulado en la Sección 26.1.10 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”* Es próspera por tratarse un compromiso de carácter contractual.

**Décimo Cuarta Principal:** *Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la acreditación del índice mínimo de deflectometría en los Tramos 2,6 y 7 del Proyecto, las actuaciones desarrolladas por la Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan dentro de lo estipulado en la Sección 26.1.10 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”* Es próspera por tratarse un compromiso de carácter contractual.

**Primera Subsidiaria a la Cuadragésima Novena Principal:** PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL: *Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contratode Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. ha incumplido este contrato desde el veintitrés (23) de febrero de 2021 al no haber acreditado el cumplimiento del indicador de deflectometría en los tramos dos (2), seis (6) y siete (7) del proyecto. Es parcialmente próspera como se señaló al analizar el caso concreto.*

**Segunda Subsidiaria de la Cuadragésimo Novena Principal:** *Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contratode Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. ha incumplido este contrato desde el veintitrés (23) de febrero de 2021 al no haber acreditado el cumplimiento del indicador de estado en todos los tramos del proyecto. Es parcialmente próspera como se señaló al analizar el caso concreto.*

Sobre el mismo tema, son **IMPROCEDENTES** las pretensiones

#### **DECLARATIVAS:**

**Décimo Quinta Principal:** *“Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual del concesionario al no haber mantenido un índice de estado superior a 4.5 en todos los Tramos durante las Etapas de Operación, y Mantenimiento, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir y pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura el valor de los perjuicios causados al no haber cumplido con los indicadores mínimos de Estado del proyecto, que se determinen con base en las mediciones que de efectúen de acuerdo a las disposiciones del contrato.”* Es improcedente porque no se demostró en debida forma la existencia del perjuicio reclamado.

#### **DE CONDENA:**

**TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA:** *“Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar la suma de DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$18.464'000.000) <sup>112</sup> como consecuencia del incumplimiento en los indicadores de mantenimiento del proyecto.”* Es improcedente por la prosperidad de la excepción correspondiente.

---

<sup>112</sup> Es de señalar que este el texto es transcrito en forma literal y en el original hay una diferencia de cifras entre la suma escrita en letras y la escrita en números – pg. 11 reforma a la demanda de reconvencción.

**CUARTA PRINCIPAL DE CONDENA:** “Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los indicadores de mantenimiento desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo.” Es improcedente porque no se demostró en debida forma la existencia del perjuicio reclamado.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL DE CONDENA:** “Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el monto de la disminución de la de la (Sic) remuneración por el incumplimiento de los indicadores de mantenimiento desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo.” Es improcedente por la prosperidad de la excepción correspondiente.

**DÉCIMO SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA:** “Que en caso de declararse la nulidad la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento del proyecto se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución en la remuneración aplicada a partir del veintinueve (29) de junio de 2014 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.” Es improcedente por las razones expuestas anteriormente.

## **2. Pretensiones relacionadas con la no terminación de la segunda calzada de la variante Gualanday.**

En la demanda de reconvención, la ANI solicita las siguientes declaraciones:

*Décimo Sexta Principal:* “Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda (2) del Otrosí No. Siete (7), Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a realizar los diseños y construcción de la conectante en la intersección Chicoral hacia Gualanday, la cual debe permitir el acceso de los vehículos al Tramo Cuatro (4) en sentido Bogotá – Ibagué y el diseño e implementación de la señalización vertical y horizontal entre la intersección de Chicoral a la intersección las Avispas.”

*Décimo Séptima Principal:* “Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el Otrosí No. Diez (10), Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a ejecutar los estudios y diseños a nivel fase III para construcción de las obras correspondientes a la segunda calzada del Tramo Dos (2) en el sector Gualanday, entre la intersección Chicoral y la intersección Gualanday del proyecto concesionado.”

*Décimo Octava principal:* “Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula tercera (3) del Otrosí No. Diez (10), Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a entregar el Hito No. Diecisiete (17) en los tiempos y condiciones allí pactados, con una ejecución de cien por ciento (100%), sin margen de tolerancia.”

*Décimo Novena Principal:* Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el Acta de Declaratoria de Fuerza Mayor del seis (6) de diciembre de 2019,

*Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a entregar el Hito No. Diecisiete (17) el 8 de enero de 2020.”*

*Vigésima Principal: “Que se declare que, Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que no entregó el Hito No. Diecisiete (17) el 8 de enero de 2020, de acuerdo con lo pactado en el Otrosí No. 10.”*

*Vigésimo Primera Principal: “Que se declare que, Concesionaria San Rafael S.A. sigue incumpliendo el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, por cuanto no ha entregado Hito No. Diecisiete (17) con una ejecución de cien por ciento (100%), es decir sin margen de tolerancia.”*

*Vigésimo Segunda Principal: “Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la entrega del Hito No. Diecisiete (17), las actuaciones desarrolladas por Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.12 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”*

*Vigésimo Tercera Principal: “Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir el valor de los perjuicios causados al no haber entregado el Hito No. Diecisiete (17) de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”*

*PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL: Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la terminación de la segunda calzada son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. continúa incumpliendo el Contrato, por cuanto no ha entregado el Hito No. Diecisiete (17) con una ejecución de cien por ciento (100%).*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL: Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la terminación de la segunda calzada son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir y pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura el valor de los perjuicios causados al no haber entregado el Hito No. Diecisiete (17) de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión.*

Consecuencialmente, solicita se condene a:

*“QUINTA PRINCIPAL DE CONDENA: Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el daño ocasionado por el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday el cual se encuentra tasado en la suma de CATORCE MIL QUINIENTOSSESENTA Y OCHO MILLONES CIENTO SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$ 14.568.171.357)*

*SEXTA PRINCIPAL DE CONDENA: Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar a pagar (Sic) los perjuicios ocasionados por el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo.”*

*DÉCIMO SEGUNDA DE CONDENA: Que en caso de declararse la nulidad de la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución aplicada a partir del nueve (9) de*

*enero de 2020 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

## **2.1 Posición de la parte Convocante en reconvencción ANI**

De conformidad con los hechos<sup>113</sup> narrados en el literal 4.1.4. del escrito de reforma a la demanda de reconvencción, afirma el libelista que en la cláusula 2.4. del Apéndice A del negocio jurídico, se puso de presente que el Tramo Cuatro (4) era el sector comprendido entre el inicio de la Variante Espinal (PR37+800 RUTA 4004) en el cruce de la Ruta 4004 con la Ruta 45 y la intersección de Gualanday en una longitud aproximada de 28.4 Kilómetros.

A través del Otrosí No. Diez (10), el alcance de la variante Gualanday volvió a ser complementado, toda vez que el Concesionario se obligó a ejecutar los estudios y diseños a nivel fase III para construcción de obras correspondientes a la segunda calzada del Tramo Dos (2) en el sector Gualanday, entre la intersección Chicoral y la intersección Gualanday, para lo cual se pactaron actividades como: gestión social y ambiental; gestión y adquisición de predios; construcción de obras correspondientes a la segunda calzada del tramo 2 en el sector Gualanday; operación y mantenimiento de la segunda calzada del Tramo Dos (2) en el sector Gualanday.

Con posterioridad a la finalización de los estudios y diseños fase II y ya elaborado el programa de obras, continúa argumentando, se suscribió el Otrosí Once (11) donde se indicó: “...i) el Hito No. 17 se mediría el diez (10) de noviembre de 2019; y (ii) la obra deberá ser entregada con una ejecución del 100% toda vez que para ese Hito no se no se (Sic) contemplaría índica de tolerancia alguno.”

*“HECHO 33. Como consecuencia de la dificultad de ejecutar obras en el sector de Gualanday, el seis (6) de diciembre de 2019, las partes suscribieron el Acta de Declaratoria de Fuerza Mayor. En la cláusula primera se reconoció que la ejecución de las obras correspondientes al Hito No. 17 de la Segunda Calzada Gualanday, fue afectada por situaciones de Fuerza Mayor relacionadas con la entrega tardía del predio ‘Villa Montaña’ y con los paros efectuados por la comunidad de Gualanday del nueve (9) al veinticinco (sic) (259 de octubre de 2017 y el veintiuno (21) al treinta (30) de mayo de 2018.”*

Con base en lo anterior, continúa el relato, se determinó en el Acta en comento que la fecha de “...terminación de la ejecución de la obligación afectada será de sesenta (60) días calendario contados a partir del once (11) de noviembre de 2019 hasta el ocho (8) de enero de 2020.”

---

<sup>113</sup> Hechos 26 a 35 escrito de reforma a la Demanda de Reconvencción

Se acordó, igualmente, que en el Acta se inserta un párrafo primero donde se lee: *“...sin perjuicio de aplicar lo establecido en la cláusula 26 (Numeral 26.1.12) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, se efectuará el cálculo del desplazamiento de inversión según la metodología financiera establecida en el modelo que se elaboró en el acta de desarrollo del otrosí 10.”*

Conforme con lo dicho, fue procedente aplicar la disminución en la retribución de Concesionario *“...cuando ese no cumpla con los cronogramas de obra parciales y máximos establecido (sic) en el numeral 31.3 de la CLAUSULA 31 del presente Contrato...”*

## **2.2 Posición de la parte Convocada en Reconvención CSR**

En este punto el Concesionario propone en su escrito de contestación a la demanda de reconvención las excepciones referentes a:

- “3.2.6. Ausencia de prueba del perjuicio y la imposibilidad de tasarlo con base en los montos objeto de disminución a la remuneración en contra del Concesionario”.
- “3.4. La imputación de incumplimiento frente a la terminación de la segunda calzada de la Variante Gualanday y la no terminación de la ciclorruta a construirse entre Buenos Aires y Gualanday: desconoce el principio de proporcionalidad”.

Señala el Concesionario que, como obra en autos, es claro que el avance de las obras de la segunda calzada de la variante señalada corresponde a un noventa y nueve por ciento (99%), conforme con las mediciones reales de la obra.

No resulta *“...razonable ni proporcional que la ANI haya aplicado -y siga aplicando- una disminución a la remuneración por el valor total previsto en la cláusula 26 del Contrato de Concesión para cada uno de los eventos (numerales 26.1.11 y 26.1.12), imponiendo con ello una sanción contractual por un supuesto incumplimiento del Concesionario, como si se tratara de un incumplimiento total de la obligación que se reputa como incumplida por parte de la Interventoría de la ANI.”*<sup>114</sup>

Así, respecto de las obras de la Segunda Calzada, de las cuales tan sólo resta por ejecutar el equivalente al uno por ciento (1%), manifiesta en su escrito, *“...para lograr su terminación, el Concesionario ha padecido una sanción contractual equivalente al total previsto en la cláusula 26 del Contrato de Concesión (numeral 26.1.12), respecto de lo cual ni Interventoría ni la ANI han realizado un juicio de razonabilidad ni de ponderación al respecto.”*, máxime si se tiene en cuenta que esa vía se encuentra en servicio desde el 8 de febrero de 2020.

---

<sup>114</sup> Pág. 155 escrito de contestación a la reforma a la demanda de reconvención

Secuela de lo anterior, continúa, que no existe ni puede existir el detrimento patrimonial reclamado porque, además, la obra, inaugurada por la ANI, ya se encuentra en funcionamiento desde entonces, realidad desconocida por la entidad ya que continúa imponiendo la sanción contractual al Concesionario por el monto total previsto en el Contrato de Concesión.

En materia sancionatoria rigen el debido proceso, como derecho fundamental y principio legal, y la proporcionalidad cuando se trata de una decisión de carácter general o particular y sea “... *discrecional...*”, pues el artículo 44 del CPACA ordena que debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Según el excepcionante, el Consejo de Estado señala que el principio de proporcionalidad es, además de un principio general del derecho, regla general por ser elemento “... *extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano - artículo 36 Código Contencioso Administrativo.*”

*“En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto; ii) en segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. (...). Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex ante y otro ex post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria”.*

El principio de proporcionalidad se identifica con la dosificación, la atenuación y/o la graduación de la sanción. Afirma que en concordancia con la ley 80 de 1993 se rige “...*por las estipulaciones civiles y comerciales, encontramos las siguientes disposiciones normativas relevantes: (i) el artículo 1596 del código civil que permite rebajar la pena del deudor cuando “el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte”;* así como (ii) el artículo 1601 de la misma codificación el cual establece un criterio de proporcionalidad para la cláusula penal.”

Por lo anterior, tampoco son procedentes las pretensiones de incumplimiento y consecuente indemnización de perjuicios respecto de la terminación de la Segunda Calzada y la Ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday, afirma en su escrito de contestación a la demanda de reconvención y del alegato de conclusión, en síntesis, el Consorcio San Rafael S.A. expone, que:

*“No existe un daño indemnizable en cabeza de la ANI, toda vez que las obras objeto de los reproches e incumplimiento fueron puestas al servicio de la comunidad y, por ende, no se ha configurado el detrimento patrimonial en cabeza*

*del Estado por los supuestos incumplimientos o cumplimientos tardíos del Concesionario.*

*“El eventual daño -de existir en alguna proporción- no se encuentra acreditado, y por el contrario, su cuantificación en forma equivalente al valor de las disminuciones a la remuneración y/o con base en la cláusula 26 del Contrato de Concesión para su tasación, es improcedente dado que las multas no son fuente de indemnización y, por tanto, no puede exigirse su cobro a este título o, lo que es lo mismo, pretender equivaler el perjuicio al monto de las situaciones de apremio.*

*“Conclusiones: De acuerdo con lo expresado, el Tribunal deberá desechar la totalidad de las Pretensiones de la ANI correspondientes a los presuntos incumplimientos del Concesionario por no haber alcanzado el Hito 17 (Segunda Calzada), la Cicloruta y los Índices de Estado y Deflectrometría, ello por haberse probado todas y cada una de las excepciones formuladas en la Contestación correspondiente, así:*

*(...)*

*“AUSENCIA DE PRUEBA DEL PERJUICIO Y LA IMPOSIBILIDAD DE TASARLO CON BASE EN LOS MONTOS OBJETO DE LA DISMINUCIÓN A LA REMUNERACIÓN EN CONTRA DEL CONCESIONARIO. Tal como se explicó en detalle, este medio exceptivo debe prosperar en la medida en que no se probó por la ANI que haya sufrido algún perjuicio, y mucho menos su pretendido monto en relación con las actividades del Concesionario que fueron objeto de descuento en su remuneración.”*

### **2.3 Posición de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado ANDJE**

Sobre estos puntos específicos la Agencia no se pronunció en particular.

### **2.4 Concepto del Ministerio Público**

El agente del Ministerio Público sobre este aspecto señala:

Respecto de la no entrega del hito 17 el 08 de enero de 2020 según lo pactado en el otrosí 10 del 11 de noviembre de 2014; y por no entregar la ciclorruta entre intersección Buenos Aires y Parque Gualanday el 10 de noviembre de 2019 según lo pactado en la cláusula 3 del otrosí 14 del 07 de septiembre de 2018 afirma que, esta controversia no es de competencia del Tribunal de arbitraje porque corresponde al reproche de la legalidad de la motivación de la decisión o acto administrativo sancionatorio, proferido en ejercicio de lo contenido en los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011, pues se enmarca dentro de las causales de nulidad que por virtud de la ley 1563 de 2012 y de la cláusula compromisoria no pueden someterse a arbitraje.

## 2.5 Consideraciones del Tribunal

Si bien es cierto que le asiste razón al contratista en cuanto a que las multas, o medidas de apremio, no son base, dado el principio de proporcionalidad, para ser usadas a manera de “tasación” para valorar el perjuicio reclamado por la ANI, y que en su sentir nunca se demostró; también lo es, que sí hubo incumplimiento, está demostrado que las obras no fueron terminadas en su totalidad, faltando algunos porcentajes para su culminación, no obstante encontrarse ya en servicio.

Del estudio realizado por la firma CONSULTORA DE NEGOCIOS S.A.S.<sup>115</sup>, presentado el 27 de mayo de 2022 y que obra en el plenario, se desprende que las cifras que utiliza para “...determinar el daño por el incumplimiento, nos basamos en las conclusiones emanadas de las comunicaciones de la interventoría y que dan cuenta del uso de la cláusula 26.1.10.” y que, además, se contabilizó “...desde el 14 de marzo de 2014 hasta la fecha de reversión el 13 de marzo de 2022, conforme a lo estipulado en el Apéndice B del contrato”.

Para ese efecto, construye su dictamen con base en los siguientes elementos<sup>116</sup>:

- 1.- EL VALOR TOTAL DE LAS DISMINUCIONES
- 2.- LOS 726 DÍAS DE INCUMPLIMIENTO
- 3.- EL VALOR DEL PORCENTAJE DEL 1% DE LA INVERSIÓN ACTUALIZADA EN 726 DÍAS.

Ahora bien. Si se trata en este caso de establecer el monto del perjuicio reclamado para cuya contabilización se utiliza, como uno de los sumandos de la fórmula aplicada las disminuciones tantas veces traídas a colación, mal puede tenerse que ese resultado sea válido porque esa premisa no pasa de ser una mera medida conminatoria que hace imposible la tasación del daño.

Además, no escapa a esta razón que, por ser el resultado de una violación al debido proceso y, además, a que su alcance contractual es bien distinto, no cabe dentro del contexto de los elementos requeridos para que se configure el daño, es decir, no es un hecho que sirva de parámetro para evaluar la responsabilidad contractual causante de un daño, no puede tenerse como nexos causales y, además, no demuestra perjuicio alguno. Es decir, lejos están de presentarse los requisitos que reclama nuestra legislación para que se configure la responsabilidad contractual.

Remata esta aseveración lo afirmado por Esfinanzas Banca de Inversión en el dictamen de contradicción ya antes citado: “...el perito asume que el valor en dinero

---

<sup>115</sup> Peritaje presentado por la ANI

<sup>116</sup> Ver cuadro página 22 del documento citado

*pendiente de ejecutar equivale al 1% del valor del presupuesto de construcción, es decir \$ 956.335.100 de pesos de octubre 2014. La primera observación tiene que ver con que cómo bien lo dice el interventor en el párrafo citado, el avance del 99% corresponde a ejecución física, en un (Sic) ninguna parte del texto dice o sugiere que la ejecución física sea equivalente a la ejecución de la inversión y el perito tampoco explica cómo ha llegado a hacer ese supuesto que no tiene sustento técnico o fáctico incluido dentro del peritaje.”*

*Adiciona a lo anterior que “En la cláusula aludida del contrato de concesión que se aplicará una disminución en la remuneración del concesionario, disminución que efectivamente fue aplicada desde el 29 de febrero de 2020 hasta el 11 de marzo de 2022 por un valor acumulado de \$ 9.855.789.945, como consta en el numeral 2 de la Certificación de disminuciones a la remuneración del concesionario al 11 de marzo de 2022 solicitada en la exhibición documental tribunal expedida el 8 de junio de 2022 por la Fiduciaria Scotiabank Colpatria S.A., vocera del. PA FC Concesionaria San Rafael. Por lo anterior, el cálculo realizado no procede y por tanto es incorrecto”*

Complementa lo ya mencionado, que bien tenía en su haber la ANI la cláusula 27 contractual, cuya aplicación al caso presente le daría como resultado lo buscado, en los porcentajes y momentos procesales idóneos para resarcir los perjuicios, si se causaron, pues en ella se plasman la forma, el momento y los porcentajes para liquidar la “tasación” que pretende la entidad estatal. Máxime si se lee con atención el inciso final de la precitada cláusula 27 en donde se convino que: “...el INCO se reserva la facultad de acudir al juez del contrato para obtener la indemnización de perjuicios que no quede cubierta con el pago de la pena pecuniaria y hasta obtener la reparación o indemnización de todos los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento del contratista.”

Se infiere de lo anterior que sí se presentaron esas circunstancias dentro de la ejecución del contrato N°. 007 de 2007 y retrotrayendo los principios contractuales de buena fe y proporcionalidad, es aplicable, en este caso, la sentencia del Consejo de Estado, cuyas consideraciones son plenamente valederas y que señalan:

*“El artículo 1592 del Código Civil, consagra que la cláusula penal “... es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*

*“La cláusula penal configura una tasación anticipada de perjuicios, en virtud de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de quien las asume en una relación contractual.*

*En cuanto a esta figura esta Corporación ha manifestado:*

*“De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aun vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.*

*“Es así, que la administración puede imponer unilateralmente la cláusula penal, no sólo porque así se encuentra previsto en el contrato, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que también en ejercicio del privilegio de la decisión previa consagrada en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo.”<sup>117</sup>*

Pide la ANI en la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL que: *“...en caso de que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la terminación de la segunda calzada son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. continúa incumpliendo el Contrato, por cuanto no ha entregado el Hito No. Diecisiete (17) con una ejecución de cien por ciento (100%)”*. Esa declaración debe apoyarse en el material probatorio obrante en el plenario donde se halla el oficio CMCMA B-2-476-0862-22, radicado en la ANI el 17 de septiembre de 2022, documento emanado de la Interventoría que señala el seguimiento al avance de la obra con corte al 12 de septiembre de 2022, cuyo resultado es un noventa y nueve por ciento (99%) de ejecución de la obra.

Muestra lo anterior que, a la fecha del ANEXO G, se encontraba pendiente de ejecutar un uno por ciento (1%) de la obra en lo que hace al hito 17. No obstante, la declaratoria de prosperidad de esta pretensión resulta improcedente, toda vez que al haberse declarado incumplido el contrato por este concepto, ya se encuentra materializado dicho incumplimiento, por lo que no es factible declarar que se “se sigue incumpliendo” lo que ya está incumplido. En consecuencia, no prospera la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL.

En cuanto a la pretensión **SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL**, consistente en: *“Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la terminación de la segunda calzada son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir y pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura el valor de los perjuicios causados al no haber entregado el Hito No. Diecisiete (17) de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión.”*, el Tribunal declara lo siguiente.

---

<sup>117</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sent de 08 de junio de 2016 – M.P.: J. O. Santofimio G. - Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)

Toda vez que no existe el presente trámite la prueba y debida tasación de los perjuicios ocasionados por este concepto, como se ha señalado anteriormente, no habrá lugar a su prosperidad y así se reflejará en la parte resolutive del presente Laudo.

A manera de condena, en la pretensión décima principal pide: “*Que en caso de declararse la nulidad de la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución aplicada a partir del nueve (9) de enero de 2020 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*”, pretensión que carece de prosperidad porque al tratarse del resultado de un procedimiento ajeno a la ley adjetiva, como quedó claro, las disminuciones que se aplicaron en aquella época, mal podría el Tribunal seguir tratándolas como lo pretende el demandante en reconvención, pues esas “multas” dejaron de serlo.

Es corolario de todo lo anterior que las excepciones ahora analizadas “3.2.6. Ausencia de prueba del perjuicio y la imposibilidad de tasarlo con base en los montos objeto de disminución a la remuneración en contra del Concesionario” y “3.4. La imputación de incumplimiento frente a la terminación de la segunda calzada de la Variante Gualanday y la no terminación de la ciclorruta a construirse entre Buenos Aires y Gualanday: desconoce el principio de proporcionalidad” son prósperas y así se declarará en la parte resolutive.

Conforme con las anteriores declaraciones, es menester decidir sobre las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención que dieron base a las excepciones ya decididas, respecto de las cuales el Tribunal encuentra unas procedentes y otras no.

## **SON PROCEDENTES LAS SIGUIENTES PRETENSIONES**

### **DECLARATIVAS:**

**Décimo Sexta Principal:** “*Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda (2) del Otrosí No. Siete (7), Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a realizar los diseños y construcción de la conectante en la intersección Chicoral hacia Gualanday, la cual debe permitir el acceso de los vehículos al Tramo Cuatro (4) en sentido Bogotá – Ibagué y el diseño e implementación de la señalización vertical y horizontal entre la intersección de Chicoral a la intersección las Avispas.*” Es próspera por tratarse de un compromiso de carácter contractual.

**Décimo Séptima Principal:** “*Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el Otrosí No. Diez (10), Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a ejecutar los estudios y diseños a nivel fase III para construcción de las obras correspondientes a la segunda calzada del Tramo Dos (2) en el sector Gualanday, entre la intersección Chicoral y la intersección Gualanday del proyecto concesionado.*” Es próspera por tratarse de un compromiso de carácter contractual.

**Décimo Octava principal:** *“Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula tercera (3) del Otrosí No. Diez (10), Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a entregar el Hito No. Diecisiete (17) en los tiempos y condiciones allí pactados, con una ejecución de cien por ciento (100%), sin margen de tolerancia.”* Es próspera por tratarse de un compromiso de carácter contractual.

**Décimo Novena Principal:** *Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el Acta de Declaratoria de Fuerza Mayor del seis (6) de diciembre de 2019, Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a entregar el Hito No. Diecisiete (17) el 8 de enero de 2020.”* Es próspera por tratarse de un compromiso de carácter contractual.

**Vigésima Principal:** *“Que se declare que, Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que no entregó el Hito No. Diecisiete (17) el 8 de enero de 2020, de acuerdo con lo pactado en el Otrosí No. 10.”* Es próspera por cuanto no aparece acreditado el cumplimiento en los términos del compromiso contractual.

**Vigésimo Segunda Principal:** *“Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la entrega del Hito No. Diecisiete (17), las actuaciones desarrolladas por Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.12 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”* Es próspera por tratarse un compromiso de carácter contractual.

**Primera Subsidiaria de la Quincuagésima Principal:** *Que en caso que, se declare que las disminuciones aplicadas con ocasión del incumplimiento en la terminación de la segunda calzada son nulas, el Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 declare que la Concesionaria San Rafael S.A. continúa incumpliendo el Contrato, por cuanto no ha entregado el Hito No. Diecisiete (17) con una ejecución de cien por ciento (100%), por cuanto no aparece acreditado el cumplimiento en los términos del compromiso contractual.*

Sobre este tema, son **IMPROCEDENTES** las pretensiones.

**Declarativas.**

**VIGÉSIMO PRIMERA PRINCIPAL:** *“Que se declare que, Concesionaria San Rafael S.A. sigue incumpliendo el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, por cuanto no ha entregado Hito No. Diecisiete (17) con una ejecución de cien por ciento (100%), es decir sin margen de tolerancia.”* por cuanto no aparece acreditado el cumplimiento en los términos del compromiso contractual, resulta improcedente, toda vez que al haberse declarado incumplido el contrato por este concepto, ya se encuentra

materializado dicho incumplimiento, por lo que no es factible declarar que se “se sigue incumpliendo” lo que ya está incumplido.

#### **De Condena:**

**QUINTA PRINCIPAL DE CONDENA:** “*Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el daño ocasionado por el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday el cual se encuentra tasado en la suma de CATORCE MIL QUINIENTOS SESESNTA (sic) Y OCHO MILLONES CIENTO SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$14.568.171.357)*” Es improcedente porque, como se dispuso cuando se analizó el tema de los perjuicios, no se demostró en debida forma la existencia del daño.

**SEXTA PRINCIPAL DE CONDENA:** “*Según se pruebe a lo largo de este proceso, se condene a la a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar (sic) a pagar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday desde el quince (15) de junio de 2021 hasta la fecha del laudo.*” Es improcedente porque, como se dispuso cuando se analizó el tema de los perjuicios, no se demostró en debida forma su existencia.

**DÉCIMO SEGUNDA DE CONDENA:** “*Que en caso de declararse la nulidad de la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la terminación de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución aplicada a partir del nueve (9) de enero de 2020 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*” Es improcedente por las razones expuestas anteriormente.

### **3. Pretensiones relacionadas con el incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday y con la reclamación de perjuicios por dicho incumplimiento.**

Lo pretendido por la ANI en la Demanda de Reconvención y la oposición realizada por el Concesionario San Rafael

#### **Pretensiones Declarativas**

*“VIGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL. Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda (2) del Otrosí No. Catorce (14) Concesionaria San Rafael está obligada a realizar los Estudios y Diseños a nivel fase III y la construcción de la ciclorruta ubicada desde la intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta el parque de Gualanday (PR13+500 Ruta 4004) con una longitud aproximada de siete punto cinco (7.5) kilómetros”.*

*“VIGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL. Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula tercera (3) del Otrosí No. Catorce (14) Concesionaria San*

*Rafael estaba obligada a entregar la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday el diez (10) de noviembre de 2019”.*

*“VIGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL. Que se declare que Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que no entregó la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday el diez (10) de noviembre de 2019, es decir en los términos contractuales pactados”.*

*“VIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL. Que se declare que Concesionaria San Rafael sigue incumpliendo el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, por cuanto aún no ha entregado la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday”.*

*“VIGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL. “Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento en la entrega de la ciclorruta ubicada desde la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday, las actuaciones desarrolladas por Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.11. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”*

*“VIGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL. Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual, Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir el valor de los perjuicios causados al no haber entregado la ciclorruta ubicada desde la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday, de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”*

### **Pretensiones de Condena**

*“SÉPTIMA PRINCIPAL DE CONDENA. Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el daño ocasionado por el incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday el cual se encuentra tasado en la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS SETENTA MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL SEISCIENTOS TRES PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$ 4,770,307,603.69).”*

*DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA: Que en caso de declararse la nulidad de la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución en la remuneración aplicada a partir del primero (1) de octubre de 2020 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

### **3.1 Posición de la parte Convocante en Reconvención. ANI**

La Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) en la demanda de reconvención reformada, manifestó en cuanto al contenido prestacional relacionado con el alcance de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday, que de acuerdo con la Sección 10.9. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 el Concesionario San Rafael se

comprometió a construir, rehabilitar, mantener y operar bajo su propia cuenta y riesgo todos los tramos y trayectos que integraban el Proyecto.<sup>118</sup>

Así mismo, se manifiesta que en virtud de la cláusula 10.18 del Contrato, el Concesionario San Rafael debería ejecutar las obras de construcción y rehabilitación en los términos definidos en él, sus otrosíes y apéndices. Por otro lado, la ANI manifestó que conforme lo establecido en la Sección 32.1. del Contrato, el Concesionario debería cumplir con los alcances y las especificaciones técnicas del proyecto definidas en los apéndices que hacían parte integral del Contrato referenciado.

Con relación a la construcción de una ciclorruta en el Proyecto, afirma la ANI que al suscribirse el Contrato adicional número Uno (1) las partes determinaron en la cláusula segunda (2) que el Concesionario San Rafael construiría tres punto cuatro (3.4) kms de la ciclorruta de 2.8 metros de ancho libre paralela al trazado entre el PR 12+500 de la ruta 40TLE y PR 11+000 de la ruta 40TLC del Tramo seis (6)<sup>119</sup>

Asimismo que el alcance dispuesto en el Contrato Adicional se modificó mediante el Otrosí Catorce (14) y que en dicho modificatorio contractual se señaló que las partes sustituirían la ciclorruta identificada en la cláusula segunda del negocio jurídico adicional “por la elaboración de los Estudios y Diseños a fase III y la construcción de la ciclorruta ubicada desde la intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta el parque de Gualanday (PR13+500 Ruta 4004) con una longitud aproximada de siete punto cinco (7.5) kilómetros.”<sup>120</sup>

En la cláusula tercera (3) del mencionado Otrosí, indicó la ANI que el plazo de ejecución de las actividades “de Estudios y Diseños Fase III a partir de la suscripción de este documento, vencidos los cuales, la Interventoría tendrá hasta dos (2) meses para su revisión y verificación. EL CONCESIONARIO ejecutará las actividades de construcción de la ciclorruta objeto de este otrosí en el plazo máximo establecido en el otrosí No. 10 de 11 de noviembre de 2014, para la terminación de las obras de la Segunda Calzada de Gualanday, es decir a más tardar el 10 de noviembre de 2019.”

También que con relación al cumplimiento de los plazos contractuales, en la Sección 26.1.11 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 se advirtió que podría disminuirse el valor de la remuneración del Concesionario cuando la terminación de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento para un trayecto determinado, dentro de

---

<sup>118</sup> El Contrato de Concesión fue aportado con la demanda de reconvención y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvención Reformada, subcarpeta El Contrato, del expediente digital.

<sup>119</sup> El Contrato Adicional No.1 aportado con la demanda de reconvención y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvención Reformada, subcarpeta El Contrato, del expediente digital.

<sup>120</sup> El Otrosí No. 14 aportado en la demanda de reconvención y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvención Reformada, subcarpeta El Contrato, del expediente digital.

los plazos previstos en el numeral 7.3 de la cláusula 7 de este Contrato, no cumplieran a cabalidad con las Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento o cuando al vencimiento de dichos plazos no se hubiese culminado las Obras de Construcción y Rehabilitación correspondientes.

Se expone que según lo establecido en el otrosí No. 10 del 11 noviembre de 2014 para la terminación de las obras de la Segunda Calzada de Gualanday era el 10 de noviembre de 2019. En mayo de ese año la Interventoría remitió la comunicación CMAB-1- 476-0356-19 en la cual manifestó que no tenía objeciones a los estudios y diseños Fase III de la Ciclorruta.<sup>121</sup> El día doce (12) de noviembre de 2019 la Interventoría remitió a la ANI comunicación CMAB- 1-476-0941-19, en la que se ponía de presente que, toda vez que el diez (10) de noviembre de 2019, no se había entregado la ciclorruta, era procedente solicitar la disminución en la remuneración del Concesionario de conformidad con lo estipulado en la cláusula 26.1.11 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.<sup>122</sup>

La ANI expone que el día veintiocho (28) de enero de 2020, la Interventoría le solicitó a la Convocada a través del Oficio CMAB-1-476-0103-20 que iniciara de inmediato las obras en la ciclorruta, toda vez que ya contaba con las licencias ambientales necesarias para tal propósito.<sup>123</sup> Posteriormente, como resultado de la pandemia de la COVID-19, el veinticuatro (24) de marzo de 2020, el Concesionario San Rafael en oficio GIC-BG-2020-0451 señaló que de conformidad con lo establecido en la Resolución 471 del veintidós (22) de marzo de 2020, suspendería inmediatamente la ejecución de las obras en el proyecto.<sup>124</sup>

En vista de las suspensiones decretadas entre el (22) de marzo de 2020 y el treinta y uno (31) de mayo de 2020, con el oficio CMAB-1-476-0526-20 del diecinueve (19) de junio de ese año la Interventoría le advirtió al Concesionario que el nuevo plazo para la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday sería el nueve (9) de septiembre de la misma anualidad.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvencción y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Terminación Ciclorrutas B-As Gualanday, del expediente digital.

<sup>122</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvencción y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Terminación Ciclorrutas B-As Gualanday, del expediente digital.

<sup>123</sup> El oficio fue aportado en la demanda de reconvencción y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Terminación Ciclorrutas B-As Gualanday, del expediente digital.

<sup>124</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvencción y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Terminación Ciclorrutas B-As Gualanday, del expediente digital.

<sup>125</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvencción y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Terminación Ciclorrutas B-As Gualanday, del expediente digital.

Relata la ANI que el diez (10) de septiembre de 2020, esto es, un (1) día después de haberse finalizado el plazo contractual para entregar la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday, la Interventoría y el Concesionario realizaron un recorrido conjunto para verificar el estado de la obra. En la visita se evidenció que la obra se encontraba en un porcentaje de avance del veintiuno por ciento (21%), lo cual evidenció un manifiesto incumplimiento al cronograma estipulado. Los hallazgos presenciados en el recorrido de obra quedaron consignados en la Comunicación CMAB-1-476-0814-20 del catorce (14) de septiembre de 2020. En este documento, la Interventoría especificó el estado de incumplimiento en cada uno de los sectores que integran el hito.<sup>126</sup>

Producto de los efectos de la COVID-19, el quince (15) de diciembre de 2020, la ANI le entregó a la Convocada el “*ACTA DE HOMOLOGACIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACUERDO SUSCRITO EL 5 DE OCTUBRE DE 2020, ENTRE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y LOS CONCESIONARIOS DEL MODO DE TRANSPORTE CARRETERO, AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 007 DE 2007. PROYECTO VIAL “GIRARDOT-IBAGUÉ-CAJAMARCA.”* La cual indicaba en la cláusula tercera (3) que la ANI proponía el reconocimiento de un periodo de gracia de noventa y ocho (98) días para que la Convocada en reconvencción terminara con las obras que habían sido suspendidas por el decreto del aislamiento preventivo obligatorio.

El veintiuno (21) de diciembre de 2020, conforme lo dispuesto en el hecho 158, la Convocada en reconvencción remitió la Comunicación GIC-BG-2020-1544 en la cual señalaba que no suscribiría el Acta de Homologación porque en su consideración los efectos de la COVID-19 no se solucionarían a través de ese mecanismo contractual.<sup>127</sup>

El día veinte (20) de mayo de 2021, la Interventoría le informó a la Convocada en reconvencción a través de la comunicación CMAB-1-476-0516-21 que, de conformidad con el seguimiento de obra realizado el quince (15) de mayo, se observó que el avance de ejecución de la obra era del cincuenta y uno por ciento (51%), generando que **CSR** se encontrara en una situación de incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvencción y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Terminación Ciclorrutas B-As Gualanday, del expediente digital.

<sup>127</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvencción y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Terminación Ciclorrutas B-As Gualanday, del expediente digital.

<sup>128</sup> La comunicación aportada en la demanda de reconvencción se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Terminación Ciclorrutas B-As Gualanday, del expediente digital.

### 3.2 Posición de la parte Convocada en Reconvención CSR

El Concesionario se opone a las pretensiones de la ANI y manifiesta que le hizo oposición a todas las comunicaciones emitidas por ella, así como a las de la interventoría del proyecto. Reiteró que las disminuciones contractuales realizadas en virtud de la Cláusula 26.1.11 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 son (i) una sanción contractual, (ii) que la disposición transcrita es nula o devino en nula con ocasión de la expedición de la Ley 1474 de 2011, (iii) que la ANI la ha impuesto de forma contraria a derecho, (iv) que no opera de forma automática como equivocadamente pretende sugerirlo la ANI, y (v) que por lo tanto es improcedente.

Frente al avance de obra a diciembre de 2020 sostiene que era del cincuenta y dos por ciento (52%), y que (i) el Concesionario dejó las respectivas salvedades en el Otrosí No. 15 para reclamar los demás perjuicios que se han seguido causando desde el 1 de septiembre de 2020 en adelante; y adicionalmente, (ii) aun cuando la ANI lo ha pretendido desconocer, los efectos por la Pandemia de COVID 19 no han cesado.

Finalmente, la parte Convocada en reconvención propuso la siguiente excepción: “3.4. EXCEPCIÓN PARTICULAR EN RELACIÓN CON LAS IMPUTACIONES DE INCUMPLIMIENTO FRENTE A LA TERMINACIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA DE LA VARIANTE GUALANDAY Y LA CICLORRUTA ENTRE BUENOS AIRES Y GUALANDAY: DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”.

### 3.3 Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ANDJE

Por su parte, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se pronunció en los Alegatos de Conclusión frente a este grupo de pretensiones de la siguiente manera:

*“Finalmente, es de llamar la atención a que el párrafo tercero de la cláusula segunda del otrosí No. 14 al Contrato de Concesión, estableció de cara a la construcción de la ciclorruta objeto del presente arbitraje que “El CONCESIONARIO asumirá, a su costo y riesgo, los costos que se llegaren a generar por actividades de protección y/o traslado de redes requeridas durante la construcción de la ciclorruta objeto de este otrosí”.*

*Sobre este punto, es importante llamar la atención a que tal como fue descrito en el informe pericial rendido por el perito Mauricio Gallego Murcia, y posteriormente acreditado mediante su contradicción ante este Tribunal, se verificó que por el incumplimiento contractual la interventoría no pudo realizar la recepción de la mencionada ciclorruta, pues tal como se acreditó en el referido informe, a través de las diferentes comunicaciones, la ciclorruta no contó con el cumplimiento de las especificaciones contractuales.*

*Así las cosas, podemos evidenciar, como al momento de la celebración del Contrato de Concesión, con la celebración del otrosí No. 10, y durante los diferentes otrosíes en vida del Contrato de Concesión, la intención de las partes se mantuvo en que fuera el concesionario el responsable del diseño, intervención y traslado de las redes dentro del proyecto. Concibiendo en este sentido que frente a cualquier intervención de las mismas debería ser el concesionario quien*

*determinara directamente la actuación a seguir para subsanar cualquier tipo de intervención requerida, bajo su cuenta y riesgo. (Pág. 6 de los Alegatos de Conclusión presentados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado)”.*

Por los motivos expuestos anteriormente, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitó al Tribunal: negar todas las pretensiones de la reforma de la demanda presentada por la Concesionaria San Rafael S.A., así como las excepciones propuestas en la contestación de la demanda en reconvencción instaurada por la ANI.

### **3.4 Concepto del Ministerio Público**

Frente a este grupo de pretensiones el Ministerio Público conceptuó lo siguiente en los Alegatos de Conclusión:

*“En estos dos incumplimientos, el concesionario acepta que el avance de las obras de la Segunda Calzada de la Variante de Gualanday corresponde a un noventa y nueve por ciento (99%) y la de la Ciclorruta Buenos Aires y Gualanday a un cincuenta y dos por ciento (52%), de acuerdo con las mediciones reales de obra.*

*Lo que discute el concesionario es el monto de la disminución de la remuneración porque considera que no atiende la proporcionalidad frente al cumplimiento de las obligaciones.*

*Como primera medida, esta controversia no es de competencia del Tribunal de Arbitramento desde el punto de vista de que corresponde a un reproche frente a la legalidad y la motivación de la decisión administrativa o acto administrativo sancionatorio en ejercicio de la facultad excepcional dada por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Tal reproche se enmarca en las causales de nulidad de los actos administrativos que por virtud de la ley 1563 de 2012 y de la cláusula compromisoria no pueden ser sometidas a Arbitraje, sino que competen a la jurisdicción contencioso administrativa”. (Pág. 56 de los Alegatos de Conclusión presentados por el Agente del Ministerio Público).*

### **3.5 Consideraciones del Tribunal**

#### **Problema jurídico**

De acuerdo con lo manifestado y sustentado por las partes en la demanda de reconvencción, su contestación y traslado, este Tribunal considera que debe resolverse el siguiente problema jurídico: ¿el Concesionario San Rafael incumplió el Contrato de Concesión N.º 007 de 2007, en lo referente a las cláusulas segunda (2) y tercera (3) del Otrosí N.º Catorce (14) que dispusieron realizar los Estudios y Diseños a nivel fase III y la construcción de la ciclorruta ubicada desde la intersección Buenos Aires hasta el parque de Gualanday con una longitud aproximada de siete punto cinco (7.5) kilómetros, con fecha de entrega del 10 de noviembre de 2019? Y en consecuencia, de existir un incumplimiento de estas obligaciones, ¿hay lugar a reconocer o no, perjuicios a favor de la ANI como entidad concedente?

En atención a las disminuciones contractuales realizadas en virtud de lo dispuesto en la Sección 26.1.11. Contrato de Concesión No. 007 de 2007, este Tribunal remite a lo tratado en el numeral 5.2 del capítulo “II Pretensiones relacionadas con la imposición de sanciones Contractuales” planteadas en la demanda de CSR, donde se ocupó especialmente de este objeto. En concordancia con lo considerado allí, en este acápite sólo se dará el sentido del Laudo en lo que respecta a la pretensión *VIGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL* de la demanda de reconvención reformada.

En primer lugar, el Tribunal considera necesario verificar el contenido prestacional del Contrato y sus modificatorios pertinentes para este asunto.

En la Cláusula 2 Otrosí 14 se acordó entre las partes lo siguiente:

*“CLÁUSULA SEGUNDA. ALCANCE: En virtud de lo anterior, EL CONCESIONARIO se obliga para con LA AGENCIA a elaborar los Estudios y Diseños a Fase III y la construcción de la ciclorruta ubicada desde la Intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta llegar al Alto de Gualanday, adosada a la segunda calzada construida por Concesionaria San Rafael (Tramo 3), la cual a partir del Alto de Gualanday bajará por la margen derecha de la Vía Ibagué-Girardot (Ruta 4004), aproximadamente hasta el Parque de Gualanday (PR13+500 Ruta 4004), con una longitud aproximada de siete punto cinco (7.5) kilómetros, presentando como mínimo los siguientes entregables:*

- a) Volumen II — Diseño Geométrico y Señalización*
- b) Volumen IV—Geotecnia*
- c) Volumen V— Pavimentos*
- d) Volumen VI — Hidrología, Hidráulica y Socavación*
- e) Volumen IX — Componente Ambiental, Predial y Social*
- f) Volumen X — Cantidades de Obra y Presupuesto y Programación*

*PARÁGRAFO PRIMERO: EL CONCESIONARIO construirá la ciclorruta prevista en este documento, la cual se pagará con cargo a las fuentes de pago previstas en la Cláusula Sexta, una vez LA INTERVENTORÍA del proyecto hayan revisado y no objetado los Estudios y Diseños a Fase III con las especificaciones respectivas. EL CONCESIONARIO no podrá iniciar las obras sin haber entregado a LA AGENCIA el balance predial, el balance ambiental y los resultados de las socializaciones, información que deberá ser revisada y no objetada por la Interventoría del proyecto.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO: EL CONCESIONARIO asume a su costo y riesgo la operación y el mantenimiento de la nueva ciclorruta una vez construida hasta la finalización del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

*PARÁGRAFO TERCERO: EL CONCESIONARIO asumirá, a su costo y riesgo, los costos que se llegaren a generar por actividades de protección y/o traslado de redes requeridas durante la construcción de la ciclorruta objeto de este otrosí.”*

Por su parte, en la Cláusula 3 Otrosí 14 se acordó entre las partes lo siguiente:

*“CLÁUSULA TERCERA. PLAZO: EL CONCESIONARIO ejecutará las actividades de Estudios y Diseños Fase III definidas en la Cláusula Segunda del presente Otrosí, en un plazo de cuatro (4) meses, contados a partir de la suscripción de*

*este documento, vencidos los cuales, la Interventoría tendrá hasta dos (2) meses para su revisión y verificación. EL CONCESIONARIO ejecutará las actividades de construcción de la ciclorruta objeto de este Otrosí en el plazo máximo establecido en el Otrosí No. 10 de 11 de noviembre de 2014, para la terminación de las obras de la Segunda Calzada de Gualanday, es decir a más tardar el 10 de noviembre de 2019”.*

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal corrobora del contenido literal cláusula segunda (2) del Otrosí No. Catorce (14), que en efecto se puede colegir que el Concesionario San Rafael se obligó a realizar los Estudios y Diseños a nivel fase III y la construcción de la ciclorruta ubicada desde la intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta el parque de Gualanday (PR13+500 Ruta 4004) con una longitud aproximada de siete punto cinco (7.5) kilómetros, por lo que se declarará la prosperidad de la pretensión declarativa **VIGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL**, y toda vez que el Concesionario no se opuso a la misma sino que se atuvo a su contenido literal.

De igual forma, del contenido literal de la cláusula tercera (3) del Otrosí No. Catorce (14), se constata que el Concesionario San Rafael se obligó a entregar la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday el diez (10) de noviembre de 2019, por lo que también se declarará la prosperidad de la pretensión declarativa **VIGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL**, y toda vez que el Concesionario no se opuso a la misma, sino que atuvo a su contenido literal. No obstante, el Tribunal precisa que, si bien esta fue la fecha inicial convenida por las partes, en el transcurso de la ejecución se fue cambiando, estableciendo como fecha última la del 12 de septiembre de 2022 producto del acuerdo celebrado en el Acta de Reversión del 12 de marzo del mismo año. Esto será tratado en el desarrollo de la siguiente pretensión.

En cuanto a las pretensiones **VIGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL** donde se pide que se declare que el Concesionario San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que no entregó la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday el diez (10) de noviembre de 2019, es decir en los términos contractuales pactados, y a su vez, la pretensión **VIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL**, donde se solicita se declare que se sigue incumpliendo el Contrato por cuanto aún no se ha entregado la ciclorruta ubicada en dicha intersección el Tribunal considera lo siguiente.

En primer lugar, del acervo probatorio se tiene la comunicación **CMAB-1- 476-0356-19** el diez (10) de mayo de 2019, donde la Interventoría manifestó que no tenía objeciones a los estudios y diseños Fase III de la Ciclorruta *“teniendo en cuenta que el Concesionario ha informado que el diseño en planta no va a variar y en todo caso, atenderá las observaciones de los componentes según los acuerdos convenidos en dicha reunión, con suficiente tiempo antes de iniciar la construcción”*. Es decir, seis (6) meses antes de la fecha estipulada en la Cláusula Tercera del Otrosí No. 14 para la entrega de la obra.

Se evidencia también que, el día doce (12) de noviembre de 2019 la Interventoría remitió la **comunicación CMAB- 1-476-0941-19**, oficio en el que se ponía de presente que el diez (10) de noviembre de 2019 no se había entregado la ciclorruta. No obstante, se pudo verificar que con la suscripción del Otrosí número Catorce (14) se modificó el alcance de las licencias ambientales inicialmente otorgadas para la construcción de la obra, por lo que esto pudo retrasar su entrega para la fecha inicialmente estipulada, esto es, la del doce (12) de noviembre de 2019.

El día veintiocho (28) de enero de 2020, la Interventoría le solicitó al Concesionario San Rafael a través del Oficio **CMAB-1-476-0103-20** que iniciara las obras ya que para la fecha contaba con las licencias ambientales necesarias. Es así como con la Resolución 0006 del siete (7) de enero de 2020, la ANLA aprobó los planes de seguimiento ambiental presentados por la Convocada y fijó como fecha de terminación el dos (2) de julio de 2020.

Se pudo comprobar que como resultado de la pandemia de la COVID-19, el veinticuatro (24) de marzo de 2020, el Concesionario San Rafael le remitió a la ANI la comunicación **GIC-BG-2020-0451**, mediante la cual le expresó que de conformidad con lo establecido en la Resolución 471 del veintidós (22) de marzo de 2020, suspendería inmediatamente la ejecución de las obras en el proyecto. No obstante, el día treinta y uno (31) de mayo de 2020, la ANI derogó las **Resoluciones 471 del veintidós (22) de marzo de 2020 y 498 del trece (13) de abril de 2020**, reestableciendo los términos de ejecución contractual, así como las obligaciones que se habían suspendido con los mencionados actos administrativos, por lo que, el Concesionario San Rafael tenía la obligación de retomar la ejecución de todas las prestaciones convencionales suspendidas.

En este sentido, mediante comunicación **CMAB-1-476-0526-20** del diecinueve (19) de junio de 2020, la Interventoría le advirtió al Concesionario que el nuevo plazo para la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday sería el nueve (9) de septiembre de la misma anualidad, modificándose el plazo de entrega de la obra. Es por ello que, el diez (10) de septiembre de 2020, esto es, un (1) día después de haberse finalizado el nuevo plazo, la Interventoría y el Concesionario realizaron en conjunto un recorrido para constatar su estado y avance. En la visita se evidenció que la obra se encontraba en un porcentaje de avance del veintiuno por ciento (21%) incumpliendo así el cronograma fijado. Estos hallazgos identificados en el recorrido quedaron consignados en la Comunicación **CMAB-1-476-0814-20** del catorce (14) de septiembre de 2020, prueba que obra en el expediente. Allí se dice textualmente:

*“Por lo tanto, el plazo para la entrega de la ciclorruta, venció el 9-sep-2020, razón por la cual, se realizó recorrido conjunto entre Interventoría y Concesionario el pasado 10-sep-20, con el fin de verificar el estado de las obras a la fecha de*

*terminación de las mismas, evidenciando que se mantiene un 21% de avance, puesto que a la fecha no se han reiniciado las actividades en este sector. (...)*

*De acuerdo con la programación ajustada del Concesionario V2 y con concepto de no objeción por la Interventoría con la comunicación CMAB-1-476-0309-20, se realizó un corte al 09-sep-2020, teniendo en cuenta que se debieron reiniciar las obras el 01-jun-2020 según lo establecido por el Gobierno Nacional al igual que la ANI y aunque el Concesionario no ha remitido la reprogramación, se proyectó hasta la nueva fecha de terminación establecida para el 09-sep-2020, obteniendo un porcentaje programado del 100%, tal como se muestra a continuación (...)*”.

En este mismo oficio se da cuenta que la Interventoría del proyecto, Consorcio MAB CMAB, le realizó al concesionario 22 solicitudes de reactivación de la obra entre el 15 de abril y el 04 de septiembre de 2020, lo que prueba los constantes requerimientos luego de superada la suspensión por efectos de la pandemia del Covid-19. Producto de lo anterior, y en consecuencia de encontrarse vencido el plazo para la entrega de la obra; y de conformidad con lo establecido en la cláusula 26.1.11. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Interventoría solicitó la aplicación de la disminución diaria en la remuneración.

Es así como mediante **Oficio 2020-305-026636-1 del catorce (14) de septiembre de 2020**, la ANI conminó al Concesionario San Rafael para que entregara los planes de reactivación y terminara las obras en la ciclorruta, toda vez que los plazos convencionales se encontraban vencidos. Igualmente, la Entidad advirtió que procedería a aplicar los descuentos en la remuneración por el incumplimiento contractual.

El quince (15) de diciembre de 2020, la ANI le entregó a la Convocada el “**ACTA DE HOMOLOGACIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACUERDO SUSCRITO EL 5 DE OCTUBRE DE 2020, ENTRE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y LOS CONCESIONARIOS DEL MODO DE TRANSPORTE CARRETERO, AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 007 DE 2007. PROYECTO VIAL “GIRARDOT-IBAGUÉ-CAJAMARCA**, mediante la cual en la cláusula tercera (3), la ANI propuso un reconocimiento de un periodo de gracia de noventa y ocho (98) días para que el Concesionario finalizara con las obras suspendidas por el decreto del aislamiento preventivo obligatorio producto de la Pandemia del COVID-19. No obstante, en **Comunicación GIC-BG-2020-1544** el Concesionario manifestó que no suscribiría el Acta porque en su consideración los efectos de la COVID-19 no se solucionarían a través de ese mecanismo contractual.

La Interventoría le remitió a la ANI la comunicación **CMAB-1-476-1216-20** en la cual solicitaba la disminución en la remuneración del concesionario, como consecuencia de la no entrega de las obras de la ciclorruta, y mediante el Oficio **GIC-BG-2020-1579** el Concesionario se opuso a la misma, argumentando que no había cumplido con el plan de obras por: i) imprevistos en la ejecución material; ii) bajos rendimientos de obra; y iii) desfinanciamiento ocasionado por los efectos de la COVID-19. Finalmente, el

Concesionario alegó que, en cualquier caso, el avance físico era de cincuenta y dos por ciento (52%), es decir, que había aumentado el porcentaje de cumplimiento.

En la comunicación **CMAB-1-476-1216-20** señalada, la Interventoría hace un recuento de las problemáticas que han sido inherentes al concesionario, y que lo han llevado a no entregar la obra contratada, así:

*“1. Los problemas económicos del Concesionario vienen desde antes de la pandemia, como se registra en varias comunicaciones de la CSR del año 2019, la situación que ha originado la aparición del COVID-19 en el territorio nacional, ha recrudecido notablemente esa desfinanciación del proyecto, ya presente.*

*2. Si bien, a la fecha se han llegado a algunos acuerdos con el Concesionario respecto al otrosí de efectos COVID-19, a la fecha no se ha suscrito dicho documento, sin embargo, el 6 de enero de 2021, se hizo efectiva la cláusula 19 del contrato, con el traslado del dinero correspondiente a las actas de compensación tarifaria del plazo durante el cual no hubo cobro de peajes.*

*4. (SIC) A la fecha, el Concesionario se ha limitado a informar sus dificultades, sin presentar soportes de fondo, además de manifestar explícitamente su desacuerdo en la suscripción del acta que homologaría los acuerdos de la CCI. Es así que, en su comunicación de oposición a la disminución, informa que se han disminuido los rendimientos de obra por causa de la implementación de los protocolos de bioseguridad, sin embargo, no presenta ningún soporte de sus afirmaciones y por lo evidenciado en obra por parte de esta Interventoría, no se ha identificado pérdidas de tiempo puesto que el protocolo se implementa en aproximadamente 20 min y el personal está listo siempre a las 7:00 am o antes.*

*5. Como se informó en la comunicación CMAB-1-476-1216-20 (Radicado ANI 2020-409- 130429-2 del 23-dic-20), el estado de la obra a 15-dic-2020, era del 29% y se demostró la manera de realizar el cálculo y a la fecha en la que se radica esta comunicación, no se ha ni terminado ni entregado la obra.*

*6. De acuerdo con el otrosí No. 14, la fecha de entrega de la obra de la ciclorruta Buenos Aires –Gualanday era el 10-nov-2019, fecha que incumplió el Concesionario, razón por la cual se aplicó la disminución establecida en la cláusula 26.1.11, con la que se dio un plazo de cinco (5) meses para la ejecución de la obra, el cual inició el 3 de febrero de 2020 y por lo tanto su fecha de terminación era el 2 de julio de 2020. Sin embargo, con la aparición del virus COVID 19, lo cual fue definido por el Gobierno Nacional y por la Agencia como un hecho imprevisible y una fuerza mayor, por las medidas necesarias que se han implementado para evitar la propagación del virus, los plazos de los planes de obra de las concesiones a nivel nacional, se suspendieron hasta el 31-may-2020, con lo que la nueva fecha de terminación de obra venció el 9-sep-2020.*

*7. El riesgo financiero se encuentra a cargo del privado, de acuerdo con la cláusula 10.3 del Contrato de Concesión.”*

El día veinte (20) de mayo de 2021, la Interventoría le informó al Concesionario en comunicación **CMAB-1-476-0516-21** que, de conformidad con el seguimiento de obra realizado el quince (15) de mayo, se observó que el avance de ejecución de la obra era del cincuenta y uno por ciento (51%), generando que aquél se encontrara en una situación de incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

Finalmente, en el Acta de Reversión del 12 de marzo de 2022, se evidencia que al momento de su suscripción quedó consignado un atraso de la obra en un 42% respecto de las intervenciones necesarias para finalizarla. Es decir, el avance total hasta ese momento fue del 58%. Así se colige:

**Tabla 2-5. Obras pendientes Ciclorruta Buenos Aires - Gualanday**

ACTIVIDAD	PROGRAMADO (%)	AVANCE FISICO (%)	% Atraso (-) Adelanto(+)	Observaciones
<b>SECTOR 1 (K0+000 - K5+112)</b>	100%	73%	-27%	-
Subsector (K0+000-K1+960) 1	100%	68%	-32%	Estructura de pavimentos K0+000 al K0+160, K1+000 – K1+500 Sin construir. Alcantarilla 36 pulg K1+313 y K1+689 Sin construir. Adecuación Box Culvert K0+047 – K0+083 Sin ejecución. Box culvert K1+407 Sin construir. Zanjas – Canales – Cárcamos K00+087, K00+176, K00+197, K00+208, K00+292, K00+654, K00+793, K00+894, K00+928 Sin construir. CUNETAS TIPO A, B y C K1+040, K1+318 y K1+404 Sin ejecución. CUNETAS TIPO TIPO B K0+177 y K0+245 Sin ejecución. Defensa metálica K1+041 – K1+274.42 Sin ejecución. Señalización Horizontal K0+000 al K0+160 y K0+922 al K1+720. Señalización vertical, pendiente 56 señales por instalar.
Subsector (K1+960-K2+150) 2	100%	85%	-15%	Defensa metálica K2+050 – K2+133 Sin ejecución. Señalización vertical, pendiente 9 señales por instalar.
Subsector (K2+150-K4+790) 3	100%	89%	-11%	Estructura de pavimentos K2+340 – K2+370 Sin construir. Alcantarilla 36 pulg, K3+009, K3+211 y K3+225. Zanjas – Canales – Cárcamos K04+936 Sin ejecución. CUNETAS TIPO A, B y C K2+694, K2+900, K3+006, K3+189 y K3+343. CUNETAS TIPO B, K2+574 y K4+755. Señalización Horizontal K4+000 – K4+790 Sin ejecución. Señalización vertical, pendiente 68 señales por instalar.
Subsector (K4+790-K5+112) 4	100%	0%	-100%	Estructura de pavimentos K4+790 – K5+112 Sin ejecución. Señalización Horizontal K4+790 – K5+112 Sin ejecución. Señalización vertical, pendiente 10 señales por instalar.
<b>SECTOR 2 (K5+112 - K7+600)</b>	100%	21%	-79%	Estructura de pavimentos K5+112 – K5+560 y K7+314 – K7+482 y K7+532 – K7+589.70 Sin ejecución. Alcantarilla 36 pulg K5+179, K5+257, K5+400 y K5+540. Zanjas – Canales – Cárcamos K07+283 Sin ejecución. CUNETAS TIPO A, B y C, K4+936, K5+180, K5+257 y K5+400 Sin ejecución. Cúnetas Restitución tipo 1, 2 y 3, K5+919, K6+550, K6+600, K6+975, K7+085 y K7+085. Barrera coronación anclada, K5+700 – K6+054, K6+120 – K6+220 y K6+340 – K6+640. Señalización Horizontal K5+112 – K7+589 Sin ejecución. Señalización vertical, pendiente 63 señales por instalar. Bicipiente 1 K6+250 – K6+314 Sin ejecución. Bicipiente 2 K7+484.668 – K7+529.681, Pendiente vigas, vigas diafragmas, tablero, aletas, bordillo, losas de aproximación, varadas y otras obras complementarias.
<b>TOTAL AVANCE OBRA</b>	<b>100%</b>	<b>58%</b>	<b>-42%</b>	

Esta prueba se allegó en la **Prueba por Informe** presentada por la Interventoría del proyecto la cual hace parte del expediente.<sup>129</sup> En el **Capítulo IV sobre OBSERVACIONES Y CONSTANCIAS** en esta Acta, las partes acordaron establecer un nuevo plazo de seis (6) meses como fecha final para la terminación de la obra de la ciclorruta como uno de los pendientes del Anexo G, así:

*“4. EL CONCESIONARIO ejecutará todas las actividades enunciadas en los dos numerales anteriores en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la suscripción de esta acta, sin perjuicio de que LA AGENCIA, aplique los mecanismos legales y administrativos que sean procedentes. Para efectos de lo anterior, EL CONCESIONARIO ajustará las garantías del contrato para amparar la ejecución de las actividades, sin que ello implique una prórroga al contrato de Concesión, y en consecuencia, LA AGENCIA en cualquier momento podrá hacer efectivas las garantías del contrato.”* (Pág. 31 del Acta de Reversión del 12 de marzo de 2022).

A pesar de los seis (6) meses otorgados, los cuales vencieron el 12 de septiembre del 2022, el Concesionario no pudo ejecutar el 100% de la obra sino el 81%. Así lo certificó la Interventoría del proyecto el 12 de septiembre de 2022, a través del oficio con radicado ANI No. 120224091282162\_00002, según lo soportó la propia ANI en sus alegatos de conclusión: *“A continuación, se describe el porcentaje de avance que se realizó con corte al 12 de septiembre de 2022 con la medición interna de la*

<sup>129</sup> Se encuentra ubicada en la carpeta 02 PRUEBAS, 12\_PRUEBA\_POR\_INFORME, PRUEBA POR INFORME AL CONSORCIO MAB, COMPLEMENTACIÓN PRUEBA POR INFORME CONSORCIO MAB, ACTA ESCANEADA FIRMADA DEFINITIVA

*Interventoría en compañía con la Concesionaria San Rafael, donde se obtuvo un avance ejecutado del 81% Vs. 100% proyectado, con la comunicación CMAB-2-476-0886- 22 (Radicado ANI- 2022-409-111097-2 del 28-sep-2022) se informó del avance a la Concesionaria San Rafael. En la siguiente tabla se muestra el avance físico de la obra con corte al 12 de septiembre de 2022. (...) se tiene un avance físico acumulado de 81%, respecto a un 100% programado, obteniendo un atraso de 19%, quedando por construir una serie de obras y actividades las cuales, no se lograron construir y finalizar antes de la reversión del contrato, es decir al 12 de marzo de 2022, a continuación, se presenta la gráfica donde se evidencia el avance de obra ejecutada vs programado”.*<sup>130</sup>

En este orden de ideas, resulta probado para el Tribunal que la obra contratada no fue ejecutada y entregada en los términos contractualmente pactados, llegando a una ejecución final del 81%. Si bien la ANI, a través de su Interventoría, extendió el plazo de entrega en casi diez (10) meses inicialmente, por diversas circunstancias, y luego en seis (6) meses producto del Acta de reversión del 12 de marzo de 2022 de mutuo acuerdo entre las partes, el Concesionario se justificó en la desfinanciación del proyecto para su no entrega, así como en “i) imprevistos en la ejecución material; ii) bajos rendimientos de obra; y iii) desfinanciamiento ocasionado por los efectos de la COVID-19”, lo que genera un incumplimiento contractual teniendo en cuenta lo estipulado en Cláusula 10.3 del Contrato de Concesión donde este asume el riesgo financiero, y lo establecido en concordancia con los párrafos segundo y tercero de Clausula 2 Otrosí 14.

De acuerdo con lo anterior, y en virtud de la trazabilidad contractual y probatoria realizada, se accederá parcialmente a la pretensión VIGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL y se declarará que el Concesionario San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que no entregó la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday en los términos pactados, pero no con fecha de entrega del diez (10) de noviembre de 2019 como se solicita en la pretensión, sino con la del 12 de septiembre de 2022 que fue fijada de común acuerdo por las partes en el Acta de Reversión del 12 de marzo de 2022 como última fecha de entrega.

En cuanto a la pretensión VIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL, el Tribunal no accederá a esta pretensión declarativa, toda vez que el Concesionario no sigue incumpliendo el

---

<sup>130</sup> En virtud de lo establecido en el Art. 281 del Código General del Proceso, este Tribunal acogerá esta prueba aportada por la demandante en reconvención en sus alegatos de conclusión. “**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. (...)” (Subrayado fuera de texto).

Contrato, sino que está incumplido por no haberse entregado la obra contratada ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday en las condiciones contractuales pactadas y en la fecha prevista por las partes en el Acta de Reversión del 12 de marzo de 2022.

En relación con la pretensión **VIGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL** este Tribunal remite a lo tratado en el numeral 5.2 del capítulo “II Pretensiones relacionadas con la imposición de sanciones Contractuales” planteadas en la demanda de CSR, donde se ocupó especialmente de la validez de las disminuciones contractuales realizadas en virtud de la Cláusula 26.1.1. En concordancia con lo considerado allí, no se concederá esta pretensión por ser la sección 26.3 de la cláusula nula por violar lo establecido en el Art. 17 de la Ley 1150 de 2007.

Por otro lado, y en relación con las pretensiones **VIGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL** declarativa, donde se le solicita al Tribunal declarar que como consecuencia del incumplimiento contractual, la Concesionaria San Rafael deberá asumir el valor de los perjuicios causados al no haber entregado la ciclorruta contratada, y por otro lado, la **SÉPTIMA PRINCIPAL DE CONDENA**, donde se pide que se condene a la Concesionaria San Rafael a pagar el daño ocasionado por este incumplimiento el cual se encuentra tasado en la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS SETENTA MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL SEISCIENTOS TRES PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$ 4.770.307.603,69), se considera lo siguiente.

Para soportar sus perjuicios, la ANI se basa en el Peritaje Técnico Contable Financiero presentado el 27 de mayo de 2022 por los contadores públicos Luis Abelardo Ramírez Malaver y Luis Humberto Ramírez Barrios de la empresa Consultores de Negocios S.A.S., el cual obra en el expediente del proceso<sup>131</sup>. Ante la pregunta de “¿A cuánto asciende el valor del daño ocasionado que debe asumir la Concesionaria San Rafael por razón del incumplimiento en la terminación y entrega de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday, de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 a 10 de septiembre de 2021?”, el perito respondió explicando la metodología utilizada y los resultados a los que se llegaron, así:

*“(a) Se tomó como base el valor del presupuesto de construcción entregado por la Concesionaria San Rafael como parte de los diseños fase III de noviembre de 2018 del otrosí No. 14.*

*(b) Se identificó, según comunicación CMAB-1-476-0814-20 del 14 de septiembre de 2021 emitida por la interventoría el avance de la ejecución en la construcción a 10 de septiembre de 2021 que estaba en el 21%.*

*(c) Se determinó el monto pendiente de concluir con base en el 79%, y se determina la cuantía proporcional por ejecutar como base para el cálculo del valor, actualizada a septiembre de 2021.*

---

<sup>131</sup> Está ubicado en la Carpeta 01 Principal/05. Principal, documentos aportados por la Convocada/17. Mayo 31 de 2022.

(d) Se determinó el valor del desplazamiento con base en la fórmula estipulada en el otrosí No. 14 y la tasa de interés del otrosí No. 6.

A continuación el detalle del monto por incumplimiento:

VALOR TOTAL DE LAS OBRAS	A	\$ 4.972.250.442,47	Valor del presupuesto entregado por CSR como parte de los estudios y diseños fase III A PESOS DE NOVIEMBRE DE 2018
PORCENTAJE DE OBRA NO EJECUTADA A LA FECHA ENTREGA	B	79,00%	Al 10 de septiembre de 2020 que era la fecha de entrega de las obras, se evidenció, que se tenía solo un avance ejecutado el 21%
VA: VALOR DE LA INVERSIÓN NO EJECUTADA	A x B	\$ 3.928.077.849,55	
VA: VALOR ACTUALIZADO DE LA INVERSIÓN NO EJECUTADA	C	\$ 4.335.463.255,41	A pesos de septiembre de 2021 (IPC NOV 2018: 99,7 IPC SEP 2021: 110,04)
$n: \frac{(VA * (1+i)^n) - (VA)}{i}$		12	Número de meses transcurridos entre la fecha prevista para la entrega de la Ciclorruta y la fecha estimada de entrega (Corte al 10 de septiembre de 2021)
i (em)		0,7997%	Tasa interés de descuento (otrosí No. 6 del 10 de julio de 2013)
DESPLAZAMIENTO DE LA INVERSIÓN		\$ 393.983.837,91	Cálculo del costo financiero de la inversión no realizada
PESOS A SEPTIEMBRE DE 2021	D	\$ 434.844.348,28	IPC NOV 2018: 99,7 IPC SEP 2021: 110,04
TOTAL	F= C+D	\$ 4.770.307.603,69	A pesos de septiembre de 2021

El valor a pesos de septiembre de 2021 el incumplimiento asciende a **\$4.770.307.603,69** de pesos colombianos.”

Como puede evidenciarse, el Perito se basó en la Comunicación CMAB-1-476-0814-20 del 14 de septiembre de 2021 emitida por la interventoría donde se detallaba en su momento que el avance de la ejecución de obra a 10 de septiembre de 2021 era del 21%, lo que en primera medida no se correspondió con la realidad contractual del proyecto a tener en cuenta para su elaboración, toda vez que el Acta de Reversión se había suscrito con más de dos (2) meses de antelación a la presentación del dictamen cuya fecha es del 27 de mayo de 2022, como ya se mencionó.

Por su parte, en el acervo probatorio también se tiene el Dictamen de Contradicción Técnico Contable Financiero presentado por el Concesionario San Rafael, el cual fue rendido por la sociedad ESFINANZAS S.A. con fecha del 8 de julio de 2022, frente a aquél que presentó Consultores de Negocios S.A.S.<sup>132</sup>

Allí se concluye que la tasación del presunto daño sufrido por la no terminación de la ciclorruta se encuentra errada, principalmente porque se asume que el valor pendiente por ejecutar (inversión) se corresponde con el faltante de la ejecución física, lo cual no se desprende de ningún documento ni tiene soporte técnico alguno. De igual forma porque el perito incluye como rubro del perjuicio el valor de la inversión que no se realizó sumado al desplazamiento de la inversión, aspecto que desde el punto de vista técnico y financiero es errado a la luz del Acta de Reversión del 12 de marzo de 2022. Lo anterior lo sustenta en que, si las Partes acordaron en dicha Acta que el Concesionario ejecutaría las obras faltantes en un plazo de seis (6) meses, no sería posible asumir que el perjuicio incluya el valor de la inversión no realizada, cuando existía un plazo vigente al momento de realizar el dictamen para que el Concesionario lo ejecutara. Así lo sostiene:

<sup>132</sup> Éste se encuentra ubicado en la Carpeta 01 Principal/04. Principal, documentos aportados por la Convocante/24. Julio 08 de 2022, del expediente digital.

*“La primera observación tiene que ver con que el interventor en el aparte citado de su comunicación en el párrafo anterior, el avance de 21% se determinó después del recorrido conjunto realizado por el Concesionario y la Interventoría con el fin de verificar el estado de las obras, es decir la ejecución física, y en un ninguna parte de la comunicación dice o sugiere que la ejecución física sea equivalente a la ejecución de la inversión y el perito tampoco explica cómo ha llegado a hacer ese supuesto que no tiene sustento técnico o fáctico incluido dentro del peritaje. (...)*

*El cálculo correspondiente al valor del desplazamiento de la inversión se hizo con base en la fórmula del Otrosí No. 14 y arrojó como resultado la suma de \$434.844.348,28 pesos de septiembre de 2021, sin embargo el perito afirma en el cálculo que el desplazamiento es \$4.770.307.603,69 que es la suma del desplazamiento de la inversión más la inversión pendiente de ejecutar, es decir el valor de la nueva inversión (Desplazamiento de la inversión + inversión no realizada), concepto que no es aplicable por cuanto no hay evidencia de que la inversión no vaya a ser ejecutada en su totalidad, caso en el cual la afectación al concedente debe limitarse al valor del desplazamiento de la inversión.” (Págs. 24 a 26).*

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal acogerá los argumentos técnicos y financieros esbozados por el Dictamen de Contradicción del perito Esfinanzas por considerar que le asiste razón y al no existir certeza del daño en cabeza de la demandante en reconvencción, que permita su prueba y tasación técnica en el presente trámite. Resulta pertinente hacer alusión a que el Consejo de Estado, en diversas sentencias ha determinado que el daño debe reunir los siguientes requisitos para su existencia y declaración en un proceso judicial: debe ser i) *cierto o determinado*, bien sea en el presente o en el futuro, pero que se proyecte bajo un grado de certeza; ii) *particular* respecto de las personas que solicitan reparación; iii) *anormal* por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio; y iv) *protegido jurídicamente*, porque recae sobre bienes legítimos de las personas demandantes.<sup>133</sup>

En este orden de ideas, no encuentra el Tribunal que la demandante en reconvencción haya probado y tasado correctamente el presunto daño materializado por la no entrega de la ciclorruta Buenos Aires – Gualanday en los términos pactados en el Contrato de Concesión 007 de 2007, lo que no permite cumplir el requisito de *certeza*, no obstante existir el incumplimiento contractual como ya fue explicado. Por las razones expuestas, el Tribunal no declarará la prosperidad de la pretensión *VIGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL* y, en consecuencia, tampoco de la *SÉPTIMA PRINCIPAL DE CONDENA*.

En relación con la última pretensión de condena, esto es, la *DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA*, donde se le solicita a este Tribunal que “(...) en caso de declararse la nulidad de la disminución de la remuneración por el incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday se condene a la

---

<sup>133</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de septiembre de 2000, Exp.12166. Magistrada Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Así mismo, se reitera en: Consejo de Estado, Sentencia de 19 de mayo de 2005, Exp. 2001-01541 AG, y en Sentencia de 2 de junio de 2005, exp. 1999- 02382 AG.

Concesionaria San Rafael S.A. a asumir el valor de la disminución en la remuneración aplicada a partir del primero (1) de octubre de 2020 derivado del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2007” el tribunal remite a las consideraciones realizadas en el capítulo sobre las **PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NO TERMINACIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA DE LA VARIANTE GUALANDAY**, donde se concluye que este tipo de pretensión no puede prosperar al tratarse del resultado de un procedimiento ajeno a la ley adjetiva, y por ello, mal podría el Tribunal seguir tratándolas como lo pretende el demandante en reconvención en el presente trámite. En consecuencia, no se declarará la prosperidad de esta pretensión.

### **EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Finalmente, en cuanto a la excepción denominada “3.4. EXCEPCIÓN PARTICULAR EN RELACIÓN CON LAS IMPUTACIONES DE INCUMPLIMIENTO FRENTE A LA TERMINACIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA DE LA VARIANTE GUALANDAY Y LA CICLORRUTA ENTREBUENOS AIRES Y GUALANDAY: DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD” el Tribunal declarará la prosperidad de la misma en la parte resolutive del presente Laudo, con base en las consideraciones expuestas en el capítulo donde se resuelven las “Pretensiones relacionadas con la no terminación de la segunda calzada de la variante Gualanday”.

### **IV. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DEL PUENTE DE CAJAMARCA Y CON LA RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS POR DICHO INCUMPLIMIENTO.**

En la demanda de reconvención reformada, la convocada, establece como pretensiones principales, relacionadas con el Puente de Cajamarca las siguientes:

#### **3.5. Pretensiones principales relacionadas con el incumplimiento en la ejecución de las obras en el Puente de Cajamarca.**

**TRIGÉSIMA PRINCIPAL:** *Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 10.18 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y en el Contrato Adicional No. Dos (2) del veintinueve (29) de diciembre de 2009, Concesionaria San Rafael está obligada a ejecutar las obras de construcción y rehabilitación de tal forma que se garantice el tránsito seguro en el Puente de Cajamarca.*

**TRIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL:** *Que se declare que Concesionaria San Rafael está obligada a acatar lo estipulado en el Código de Diseño Sísmico de Puentes 1995, para la ejecución de obras en el Puente de Cajamarca.*

**TRIGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL:** *Que se declare que Concesionaria San Rafael está obligada a acatar lo estipulado en el Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del INVÍAS, en lo relacionado con las desviaciones*

*máximas admisibles, el desplazamiento, la regularidad de la superficie y otras tolerancias para el Puente de Cajamarca.*

**TRIGÉSIMO TERCERA PRINCIPAL:** *Que se declare que Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y en el Contrato Adicional No. Dos (2) del veintinueve (29) de diciembre de 2009, toda vez que el Puente de Cajamarca no se encuentra en los rangos de tolerancias permitidos y especificados en las normas INVIAS sobre calidad del producto terminado.*

**TRIGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL:** *Que se declare que Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que el Puente de Cajamarca no cumple con las especificaciones de geometría para su operación.*

**TRIGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL:** *Que se declare que Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que el Puente de Cajamarca no cumple con las Especificaciones de Construcción, ni con una rasante que cumpla con el diseño geométrico.*

**TRIGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL:** *Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual, Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir el valor de los perjuicios causados al no haber entregado el Puente de Cajamarca en las condiciones fijadas en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007.*

## **1. Posición de la parte Convocante en Reconvención ANI.**

En sus alegatos de conclusión la Agencia Nacional de Infraestructura después de relacionar los fundamentos en que considera debió ser entregado el Puente de Cajamarca, señala que “Es evidente que, el puente fue construido con una gravísima deformación que no solo desconoce el contenido del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, sino que no tendrá forma de ser subsanado, lo cual generará un incumplimiento permanente en el tiempo.

Así las cosas, una deflexión de este alcance materializa un desconocimiento grave del negocio jurídico.”<sup>134</sup>

## **2. Posición de la parte Convocada en Reconvención CSR**

El concesionario, establece en sus alegaciones que “se probó que el Puente Cajamarca cumple con las especificaciones técnicas aplicables, es una obra funcional y segura para los usuarios y, por tanto, debe ser recibida por la ANI”.

A tales efectos concluye que el Dictamen presentado por la ANI, “no demostró que el Puente de Cajamarca incumpliera alguna especificación o normativa técnica”.

A ello agrega que la ANI y la interventoría autorizaron y permitieron la puesta en servicio del Puente Cajamarca desde el año 2012, el puente ha prestado un servicio

---

<sup>134</sup> Página 72 y 73 Alegatos de Conclusión.

público ininterrumpido y no existe una razón técnica para dar una instrucción del cierre del puente, el cual lleva operando más de diez (10) años...”

CSR propuso las siguientes excepciones:

*“3.5. EXCEPCIONES EN RELACIÓN CON LAS IMPUTACIONES DE INCUMPLIMIENTO POR EL PUENTE CAJAMARCA  
3.5.1. EL PUENTE CAJAMARCA CUMPLE CON LA TOTALIDAD DE ESPECIFICACIONES TÉCNICAS APLICABLES.  
3.5.2. EL PUENTE CAJAMARCA NO AMENAZA RUINA Y GARANTIZA LA SEGURIDAD VIAL DE LOS USUARIOS.  
3.5.3. AUSENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO.”*

### **3. Concepto del Ministerio Público**

En su concepto, señala el Procurador<sup>135</sup>:

*“El hecho de que la obra no amenace ruina o desastre, o que en criterios u opiniones técnicas el puente pueda tener estabilidad por muchos años, no desvirtúa la existencia del incumplimiento en tanto y en cuanto, lo que se debate es el incumplimiento contractual de especificaciones técnicas aceptables independientemente de que el puente se haya visto hasta la fecha como funcional. Por lo tanto, las pretensiones de declaración de incumplimiento están llamadas a prosperar y el concesionario debe indemnizar los perjuicios causados que se encuentren finalmente probados en el proceso...”*

### **4. Consideraciones del Tribunal.**

#### **Problema Jurídico**

El problema jurídico medular que ha sido planteado al Tribunal incorpora tres elementos que deberán resueltos, el primero de ellos si el Concesionario debía dar cumplimiento a determinadas especificaciones técnicas al momento de construcción del Puente de Cajamarca, el segundo de ellos si como producto de su inobservancia debe declararse o no un incumplimiento al contrato, y el tercero relativo a los perjuicios que en caso de declararse deben ser objeto de indemnización.

En lo correspondiente al objeto de la demanda reformada en reconvención, las partes presentaron sendos dictámenes con la finalidad de apoyar las posturas señaladas por cada una.

En tanto la Agencia Nacional de Infraestructura presentó el dictamen realizado por el Ingeniero Mauricio Gallego Silva, la concesionaria de igual forma allegó el Dictamen efectuado por BGR.

---

<sup>135</sup> Página 60 concepto.

En tales dictámenes, las partes hacen referencia a la obligatoriedad en la aplicación de las normas relacionadas con el Código de Diseño Sísmico de Puentes 1995 (CCP95) y de la normatividad INVIAS para efectos de la construcción del respectivo Puente.

Analizado el Contrato de Concesión se señalan en la cláusula 10 como obligaciones de la Concesionaria:

*“10.17. Cumplir en todo momento con lo estipulado en el contrato y sus apéndices y en el pliego de condiciones y sus anexos  
10.18. Ejecutar las Obras de Construcción y Rehabilitación en los términos y condiciones de este Contrato y sus Apéndices...”*

En tal sentido, no hubo debate que objetara la aplicación de las normas aplicables relacionadas por la Agencia Nacional de Infraestructura en su demanda de reconvención.

Es más, en los propios informes que fueron allegados al expediente, relacionados con las pruebas de carga realizadas desde el año 2014, se mencionan de forma recurrente que las mismas se basaron en el Código de Diseño Sísmico de Puentes de 1995.

Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones el Tribunal accederá a lo relacionado en las pretensiones Trigésima, Trigésima primera y Trigésima segunda de la demanda de reconvención formulada.

Ahora bien, en lo que respecta a lo pedido en la pretensión Trigésimo Tercera principal, los dictámenes, señalan que, a lo largo de la ejecución contractual, se han realizado pruebas de carga que determinan la operatividad del puente, lo que de facto sucedió. En el mismo sentido, de las pruebas testimoniales practicadas, y ante el interrogatorio realizado, en particular por el Tribunal, no se pudo determinar las razones por las cuales se puso en operación el puente correspondiente si presentaba el error constructivo ya relacionado:

En el testimonio rendido por Fernando Laverde, se estableció:

*“DR. PABÓN: [00:27:21] Pero en este caso, por qué se aceptó y se puso en funcionamiento el puente?  
SR. LAVERDE: [00:27:26] El puente se hizo en funcionamiento en el 2012 y nosotros entramos en el 2018.  
DR. PABÓN: [00:27:34] Por eso, mi pregunta es, si usted sabe por qué en el 2012 ... (Interpelado).  
SR. LAVERDE: [00:27:37] No. no lo sé  
DR. PABÓN: [00:27:38] Tiene conocimiento de por qué se autorizó la puesta en funcionamiento del puente?  
SR. LAVERDE: [00:27:42] No sé, no estuve presente, no puedo decir; no y no encontré ninguna documentación al respecto.  
DR. PABÓN: [00:27:50] Gracias, presidente...”*

En lo que coinciden varios de los testigos y los propios dictámenes, es que el defecto correspondiente, sucedió después de la entrada en funcionamiento del puente, esto es en el año 2014.

Según lo establecido por el perito del concesionario:

*“El diseño estructural inicial del puente fue realizado por la empresa GRISA en el 2010 y fue entregado para su construcción en el 2012. Como resultado de los comentarios de la interventoría en referencia a la deformación permanente de 43 cm **señalada a partir del 2014**, la CSR solicitó una nueva inspección de diagnóstico del puente, verificando que no haya nuevas patologías y que no haya aumentado el desplazamiento en el centro de la luz. Para este efecto, la CSR solicitó la revisión del diseño a la firma GRISA. Esta firma generó un diseño el cual tenía el propósito de solucionar dos problemas encontrados, el primero consistía en reducir la deformación generada durante la construcción de 43 cm y el segundo en reducir los rangos de tolerancias en los esfuerzos permitidas según la norma. Para este propósito, este diseño consistía en utilizar cables adicionales postensados ubicados al interior de la viga cajón (ver Fotografía 3, Anexo B)...”<sup>136</sup>*

La causa de dicho defecto obedece en palabras del propio perito de la concesionaria, a un error constructivo<sup>137</sup>:

*“El puente presenta una deformación permanente de aproximadamente 43cm3 en el centro de la luz, esta deformación fue el resultado del proceso constructivo, dicha deformación no afecta la integridad ni la seguridad estructural del puente y no representa peligro para su operación...”*

Lo anterior fue corroborado por el testigo LAVERDE:

*“DR. BARRERA: [00:27:53] Gracias, presidente. Una única pregunta, ingeniero. Le entendí que usted lo que dijo fue que entró en funcionamiento y con posterioridad, dos años después, fue que vino el tema de la deflexión?*

*SR. LAVERDE: [00:28:04] Sí, señor. Ustedes pueden verificar los planos récord; los planos récord, significa planos tal como construido y así se debe entregar para su recibo, los planos récords, la pendiente del puente está en ceros, totalmente en ceros, o sea, la pendiente del puente es 1% constante; en dos años de funcionamiento, cambio de cero en el centro de la luz, a 40 centímetros, después de la prueba de carga, quedó con una deformación permanente de 43 centímetros. Así lo registra la prueba de carga en el informe de Chemist, creo que se llama así.*

*DR. BARRERA: [00:28:45] O sea, si le entiendo, en el momento en que se pone en funcionamiento estaba sin deflexión?*

*SR. LAVERDE: [00:28:51] Sí, señor. Así están los planos récords y así está registrado.*

*DR. BARRERA: [00:28:55] Y, cuál fue la causa, según el entendimiento ustedes, de esa deflexión?*

*SR. LAVERDE: [00:28:59] Para Style, ahí está el informe claro de diagnóstico y evaluación Estructural de Grisa, donde dice, que se presentaron deficiencias en la construcción, donde dice que faltó refuerzo activo o tensionamiento en la parte superior de un 10%, en la parte inferior de los de continuidad, 80% y necesitaba su reforzamiento. Además, que se excedió, o sea, debido a que tenía*

---

<sup>136</sup> Dictamen BRG

<sup>137</sup> Página 5 Dictamen BRG

*ondulaciones en la estructura cajón, eso se niveló con sobrecarga de asfalto y en dos años pasó de 0 a 40 centímetros...”*

*“DR. PABÓN: [00:26:26] Gracias, presidente. En la misma línea de las preguntas del presidente hubo una concreta; usted puede informar al Tribunal si el puente cumple con las especificaciones de geometría para su funcionamiento?”*

*SR. LAVERDE: [00:26:38] O sea, como les digo, no cumple diseño. El diseño tenía una constante, una pendiente constante de 1%, en este momento, jamás podría cumplir eso, tiene una deflexión en el centro de 43 centímetros...”*

A lo largo del debate probatorio las partes, se centraron en la discusión de si a pesar de la existencia del defecto constructivo, se cumplían o no los parámetros señalados en los anexos técnicos del contrato, para efectos de la existencia o no de un incumplimiento contractual, en los términos en los que lo solicita la ANI.

Al respecto el Tribunal considera que la deflexión presentada, incide en la inobservancia de las reglas de construcción, que debió cumplir el contratista. En efecto, el defecto en la construcción ya precisado y reconocido por el propio contratista, implica que no se haya dado cumplimiento a las reglas contenidas en las normas técnicas.

El mencionado defecto implica, por consiguiente, que exista un incumplimiento en las especificaciones técnicas relacionadas, por lo que se accederá a lo solicitado en los pretensiones trigésimo cuarta principal y trigésimo quinto principal.

Otra cosa ocurre respecto de la pretensión trigésimo-tercera principal que se refiere al incumplimiento de CSR por no encontrarse el Puente dentro de los rangos de tolerancia permitidos y especificados en las normas INVÍAS, respecto de lo cual no se encuentra prueba suficiente para deducir el incumplimiento alegado, toda vez que, se reitera, el Puente viene operando desde hace diez años a lo largo de las cuales se han realizado diferentes pruebas de carga en distintos momentos<sup>138</sup>.

En tal sentido en el interrogatorio realizado al perito del dictamen presentado por la ANI, señaló:

---

<sup>138</sup> La primera de ellas el 23 de marzo de 2014 (Comunicación GIC-2014-01207). De igual forma y según lo señalado en el peritaje presentado por el Concesionario en su página 12:

*“30. Al Puente Cajamarca (PC) se le realizó una prueba de carga los días 22 y 23 de febrero de 2022 (ver Fotografía 10, Anexo B). Esta prueba de carga estuvo dirigida por la empresa SFI18 y la CSR, los resultados fueron recolectados y procesados por L&L19. Las empresas mencionadas anteriormente junto con nosotros y la Interventoría MAB estuvieron durante la ejecución de la prueba de carga. 31. La de formación teórica máxima esperada en el centro de la luz era 41.9 mm según el modelo matemático y, la deformación real medida durante la prueba fue de 35.7 mm y la recuperación de la deformación fue del 100%, es decir no hubo deformaciones residuales o plásticas20.. 32. De acuerdo con la prueba de carga realizada en febrero del 2022, la cual fue realizada de acuerdo con los lineamientos del CCP95, el puente presenta un comportamiento satisfactorio ante las cargas impuestas. Los resultados de la prueba de carga muestran que la estructura es capaz de soportar las cargas de diseño establecidas en los documentos de construcción y lo especificado por el CCP95. Los resultados de las deflexiones medidas durante la prueba de carga también muestran que el puente cumple con las deflexiones permitidas por el CCP95 ante las cargas vivas de operación...”*

*“DR. GÓMEZ: [01:40:38] Ingeniero, perdón. Pero, es que usted ha usado dos conceptos en esta misma exposición, al comienzo nos habla de pequeños sismos y ahora, nos habla de terremoto. Entonces, por qué no nos precisa, entre otras cosas porque para los, dijéramos, no entendidos como nosotros, en estas materias, uno oye hablar de sismos de mayor o menor intensidad, pero no decimos pequeños o grandes y en su concepto es, a qué corresponde uno y otro?”*

*SR. GALLEGO: [01:41:21] Bueno, un terremoto es un movimiento de tierra, de tipo tectónico, obedece a la tectónica de placas y a la forma como la falla se desplaza, mientras que un sismo, puede obedecer a muchísimas consideraciones, incluso un explosivo o pueden, haber otras consideraciones, por minería, el fracking, por ejemplo, ese que mencionan el fracking, produce sismos, no terremotos. Entonces, en este caso el estado límite está asociado, al tema de los movimientos de tierra ... (Interpelado).*

*DR. GÓMEZ: [01:41:53] Por ejemplo, permíteme que lo interrumpa ingeniero, un sismo de cuatro en la escala de Richter es un terremoto o en esa escala, qué es terremoto?*

*SR. GALLEGO: [01:42:06] En la escala, la escala empieza de cero, hay movimientos que son imperceptibles para las personas y ya, son terremotos y los más grandes, también son terremotos, porque la escala es abierta, es decir, hay cosas que no se sienten, que ya son terremotos, la vibración de los vehículos cuando, le pasan a uno por al lado, ya es un terremoto. En este caso, la demanda es de un terremoto tectónico, asociado a una falla; normalmente el sismo de Armenia, que ocurrió ahí a 20 kilómetros, fue de magnitud seis, mediano, se podría decir, pero fue muy cerca, porque está en el sistema de fallas; un evento más grande, más lejos, puede provocar el mismo efecto, pero un evento más cercano, más cerca puede provocar mayores daños.*

*DR. BARRERA: [01:42:49] En el sentido, que le pregunta el presidente, la norma del año 95 ha colocado algún límite? Yo, le he escuchado 20%.*

*SR. GALLEGO: [01:42:58] Exactamente, 20%.*

*DR. BARRERA: [01:43:00] Muy bien, volvamos sobre la misma hipótesis, ingeniero. Le hago la pregunta, si el movimiento telúrico, para evitar esa discusión llega a un 20%, dentro del tema, no sé, si en los últimos años, desde el año 2012 que se puso en operación el Puente, usted me corrige, al día de hoy, ha habido movimientos telúricos, de esa magnitud?*

*SR. GALLEGO: [01:43:27] No.*

*DR. BARRERA: [01:43:29] Bueno, si se da un movimiento telúrico hasta el 20%, se cae el puente o no se cae?*

*SR. GALLEGO: [01:43:37] No lo puedo aseverar, sin cálculos...”*

Como consecuencia de lo anterior, se denegará la pretensión Trigésima Tercera principal.

Por último, no se determinaron los posibles impactos que el defecto constructivo presentado puede tener en el futuro:

En tal sentido, la prueba pericial emitida por el Ingeniero Mauricio Gallego, da cuenta de la posibilidad bien sea a título indemnizatorio de los perjuicios causados, de una expedición de una garantía decenal o de la reposición del puente, cuyo valor estima en el valor de \$ 25.642 millones de pesos moneda corriente.

El mencionado valor es también establecido por el perito Consultores de Negocios SAS:

*“Valor de la inversión para construir el puente a pesos de diciembre de 2009  
\$17.801.650.000*

*IPC a diciembre de 2009 71,20 (a)*  
*IPC a abril de 2022 117,71 (b)*  
*Variación es igual a (b) / (a) 1,65323034*  
*Valor de la inversión actualizada a pesos de abril de 2022 \$29.430.227.830*  
*Conforme a los anteriores cálculos, el valor del perjuicio ascendería a \$29.430.227.830 de pesos colombianos...”*

En el testimonio rendido por el Señor Fernando Laverde, funcionario de la interventoría del contrato se señaló:

*“DR. BARRERA: [00:26:09] Que necesitaríamos claridad. Finalmente, si hubo alguna comunicación o no hubo comunicación diciendo, toca construir el puente, suspender la utilización y volverlo a construir?*  
*SR. LAVERDE: [00:26:20] Así como usted lo manifiesta. No, no la he visto.*  
*DR. BARRERA: [00:26:23] Esa era la pregunta. Gracias”*

Encuentra el Tribunal que no se acreditó la certeza de que el defecto constructivo presentado, a más de 10 años de funcionamiento del puente, establezca la necesidad de entrar a reponerlo. Tal como se ha mencionado, ni los testigos que declararon en el proceso, ni el peritaje presentado por la ANI, dieron luces específicas al Tribunal en el sentido de poder concluir que se hacen necesarios la demolición y el remplazo del puente, ni tampoco de imponer dicha condena a CSR.

En lo relacionado con los perjuicios como consecuencia del incumplimiento que se piden en la pretensión trigésimo sexta principal, encuentra el Tribunal que los mismos no fueron acreditados. En efecto a lo largo del debate probatorio, la Agencia Nacional de Infraestructura, relacionó la necesidad de reponer en su totalidad el puente o de proceder a la reposición en el pago de su valor. Sin embargo, y tal como ha sido establecido en el presente laudo, no existió ni se allegó al expediente una prueba en igual sentido proveniente de quien tenía a cargo la vigilancia del contrato, esto es la interventoría.

Por el contrario, se afirmó incluso por el perito presentado por la propia ANI, –quien dicho sea de paso manifestó no haber visitado el puente ni las obras sino que su dictamen se basó exclusivamente en documentos y fotografías que le entregó la entidad– que no se había invocado una medida de reposición del puente por parte de la serie de interventorías del contrato.

*“DR. BARRERA: [01:43:39] Bueno, entonces, en ese sentido y con la venia del presidente, yo quiero que me explique un tema, yo leo en su dictamen en la página 61, si es tan amable, lo siguiente, se pensaría que lo más fácil es que la concesionaria deje un amparo, por una década, suscrito por parte de la industria aseguradora, para las eventualidades que surjan en la operación, con respecto a la estabilidad y falla, debido al uso regular de la estructura, pero es, poco factible que un ajustador acepte ese riesgo, sin importar la prima que se le asigne, así que la situación la debe solventar, el concesionario por lo menos, con la instrumentación que permita conocer qué vida útil le queda al puente de Cajamarca, para poder hacer un cálculo del periodo remanente que deberá absorberse con una estructura nueva, con respecto a la vida útil establecida en la*

norma del año 95, 50 años, cómo llegar a ese valor? Y usted, a continuación, habla, en otro numeral, de cuánto valdría ese puente.

SR. GALLEGO: [01:44:54] Sí, con base en otro similar.

DR. BARRERA: [01:44:56] Pero la pregunta es concreta, ingeniero y, obviamente, obedece al límite de su experticia; usted cuenta con los datos, para poder afirmar que se necesita un puente nuevo o que la vida útil puede ser mayor o menor a 50 años?

SR. GALLEGO: [01:45:14] Sí, los 50 años están estipulados por el número ... (Interpelado).

DR. BARRERA: [01:45:18] No, pero frente a la situación del puente, usted ha hecho un análisis documental, usted afirma ahí que tienen que hacer instrumentación y lo ha afirmado varias veces a lo largo de esta diligencia, con la venia del presidente y

del doctor Fernando, yo quiero es que avancemos en el tema y saber los límites de lo que usted puede afirmar, usted sin instrumentación, puede llegar a la conclusión de que la solución acá es, hacer un nuevo puente o sin instrumentación, usted puede afirmar que la vida útil puede llegar a ser más o menos 50 años?

SR. GALLEGO: [01:45:55] Sin instrumentación, no.

DR. BARRERA: [01:45:56] Muy bien, entonces, cuando usted habla de una estructura nueva, lo que usted trató de decir, en este dictamen, es que se requiere hacer un nuevo puente?

SR. GALLEGO: [01:46:05] Sí, porque ya ese puente, la remediación que se le propuso en su momento, que se materializó, falló y ya el puente está en condiciones ... (Interpelado).

DR. BARRERA: [01:46:13] Pero como llega a esa conclusión, si no tiene instrumentación?

SR. GALLEGO: [01:46:16] Nuevamente, lo menciono, ya se hizo una repotenciación, por parte del diseñador original y ya falló, es decir, ya tiene un comportamiento incierto y al tener un comportamiento incierto, como alguna vez lo mencioné allí, del puente, ya no hay confiabilidad y cuando no hay confiabilidad en una edificación o en una estructura, pues ya no se puede habitar o no se puede usar.

**DR. BARRERA: [01:46:42] Pero, de lo que... le voy a hacer una última pregunta, del análisis documental que usted hizo, esa afirmación la hizo alguna interventoría? Toca volver a hacer el puente?**

**SR. GALLEGO: [01:46:52] No.**

**DR. BARRERA: [01:46:53] Y, usted se está basando en esa afirmación de la interventoría, de la documentación... una última pregunta, explíqueme si usted se está basando en una documentación de la interventoría y, acaba de decir, que la interventoría nunca sugirió eso?**

**SR. GALLEGO: [01:47:06] La interventoría sugirió que, se debía arreglar o mantener el puente vecino, por una eventual condición de inseguridad, del puente existente.**

**DR. BARRERA: [01:47:17] Pero, la pregunta muy concreta, las interventorías de lo que usted analizó, documentalmente, afirmaron que se requería hacer un nuevo puente?**

**SR. GALLEGO: [01:47:25] No...**" (El subrayado fuera de texto)

Más aún, en el dictamen pericial del propio ingeniero Gallego, en el punto 1.10.1 titulado *¿Cuánto vale más o menos, un puente nuevo en Cajamarca?*<sup>139</sup> se reconoce la complejidad para determinar el valor del puente "sin una ingeniería de detalle de Fase III", y para superar dicho escollo, el peritaje toma como referencia la gestión desplegada por el Invías para remplazar otro puente, de otra concesión, en otra zona de la geografía nacional.

---

<sup>139</sup> P. 62 del peritaje de parte aportado por ANI a cargo de Mauricio Gallego Silva.

Al cabo de algunas extrapolaciones encaminadas a determinar a manera de referencia el eventual costo de reposición del Puente de Cajamarca, el perito concluye que “Lo anterior es un **análisis de referencia**, para contar con un valor que sirve de base para **estimar el orden de magnitud** de las pretensiones de la demanda de reconvención; usando precios de mercado, **en un proceso similar** para épocas actuales con un diseño de fase III licitado, en una estructura con el mismo tipo constructivo”<sup>140</sup>. (Negrillas agregadas).

En relación con este análisis y con esta conclusión en punto del valor de reposición del Puente Cajamarca, se considera que no ofrece la certeza para deducir, por una parte, que el perjuicio sufrido por ANI consiste en el valor de reposición del Puente y, por otra, que dicho valor de reposición del Puente de Cajamarca es el que señala el peritaje de ANI, monto que se obtiene por estimaciones y extrapolaciones a partir de la reconstrucción de otro puente por parte de la ANI.

En desarrollo de lo anterior, en materia indemnizatoria, no encuentra acreditado en este frente, la certeza que se requiere para ordenar la indemnización del perjuicio.

La certeza por su parte hace referencia a su realización. En ese orden de ideas, no importa que sea presente o futuro el perjuicio, lo importante es que haya certeza sobre su ocurrencia. Así lo afirma CHAPUS<sup>141</sup>, de manera clásica:

*“... las jurisdicciones han planteado el principio según el cual el perjuicio cierto es el actual o el futuro, a diferencia del eventual...”*

Este tema ha sido objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado<sup>142</sup>:

*“... En sede de responsabilidad civil es un apotegma que ‘el perjuicio para que sea indemnizable debe ser cierto’, es decir que no debe existir duda sobre su existencia y por consiguiente no es ni puede ser indemnizable el perjuicio hipotético o eventual, esto es el que se edifica sobre suposiciones o conjeturas. Sin embargo la certeza no se opone ni excluye la reparación del perjuicio futuro pues en este evento también debe haber certidumbre sobre su ocurrencia no obstante que él aún no se haya consolidado. Ahora, este perjuicio futuro puede devenir de una situación ya existente al momento de definir sobre la reparación o bien de una inexistente en esa misma época (pérdida de oportunidad), casos en los cuales, en el primero, el juzgador lo que hace es calificar si el perjuicio se extiende en el futuro y, en el segundo, determinar en cada asunto la certeza de las serias posibilidades de obtener la ventaja. Por lo tanto, si el perjuicio no se extiende en el futuro o si no hay certeza de las serias posibilidades de obtener la ventaja, el perjuicio no es indemnizable porque en estos casos es simplemente eventual o hipotético...”*

---

<sup>140</sup> *Idem*.

<sup>141</sup> CHAPUS, René. Droit Administratif Général. Tomo I. Editorial Montchrestien. París. Páginas 1109 y siguientes.

<sup>142</sup> Sentencia sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2011, C.P: Jaime Orlando Santofimio. Exp: 1241247

En igual sentido esta misma Corporación señaló<sup>143</sup>:

*"El acreedor insatisfecho está legitimado para demandar judicialmente la indemnización por el incumplimiento del deudor, cuando tal incumplimiento le irroge daño y pueda probarlo. El deudor, por su parte, está obligado a indemnizar los perjuicios reclamados de acuerdo con la naturaleza de los mismos y la vinculación causal de su incumplimiento con el daño experimentado por el acreedor. Ese daño debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso; en otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza".*

Por el contrario, lo que resultó acreditado en los autos es que el puente fue puesto en funcionamiento en el año 2012, sin que se haya establecido las razones por las cuales, si se presentaba un defecto que pudiera establecer posibles dudas sobre su cumplimiento o incluso su estabilidad, habría que reponerlo en su totalidad. Con todo, lo que se concluye en este capítulo no puede entenderse en perjuicio de las obligaciones de CSR relativas a la garantía de las obras construidas, en particular a la estabilidad que se estipula en las cláusulas 28.1.3 y 28.3. y, el correlativo derecho de ANI frente a dichas prestaciones de garantía convenidas a su favor.

Por tal motivo se denegarán las pretensiones trigésimo sexta principal, octava principal de condena y primera subsidiaria de la octava principal de condena y se accederá a las excepciones denominadas *EL PUENTE CAJAMARCA NO AMENAZA RUINA Y GARANTIZA LA SEGURIDAD VIAL DE LOS USUARIOS Y AUSENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO*.

Por las consideraciones expuestas se declarará que carece de fundamento la excepción de CSR denominada "EL PUENTE DE CAJAMARCA CUMPLE CON LA TOTALIDAD DE ESPECIFICACIONES TÉCNICAS APLICABLES"

## **CONCLUSIONES**

En conclusión, lo que quedó acreditado en el expediente fue:

1. El puente de Cajamarca tiene un defecto por la deflexión presentada con posterioridad a su puesta en funcionamiento, que corresponde un error constructivo, el cual genera un incumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato.
2. El puente está en funcionamiento y es transitable.
3. No se probó el impacto que el mencionado defecto constructivo pueda llegar a tener en el futuro en la estabilidad del puente.

---

<sup>143</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-1992-07929-01(16103)

4. No se probaron las medidas para la determinación de dicho impacto.
5. No se determinaron causalmente los perjuicios ciertos a ser resarcidos en virtud del defecto constructivo.

## **V. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN EL MANEJO DE LA SUBCUENTA PREDIAL Y CON LA RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS POR DICHO INCUMPLIMIENTO (3.6. DE LA RECONVENCIÓN)**

Lo pretendido por la ANI en la Demanda de Reconvencción y la oposición realizada por la Concesionaria San Rafael.

### **Pretensiones declarativas**

*“TRIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL. Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 1.88. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, los recursos consignados en la “Subcuenta predios” solo podrán aplicarse para las finalidades descritas en la cláusula treinta y cuatro (34) del contrato y lo dispuesto en el Otrosí No. Dos (2) del veinticuatro (24) de abril de 2008”.*

*“TRIGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL. Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 35.11. del Contrato de Concesión, Concesionaria San Rafael deberá invertir el uno (1%) por ciento del costo total de las obras para recuperación, preservación y manejo de cuencas hidrográficas, el cual está incluido en el monto estimado de inversión para la Gestión Ambiental, los cuales se encontrarán en la Subcuenta Ambiental”.*

*“TRIGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL. Que se declare que las actividades de adquisición predial son diferentes a las ambientales, y, por lo tanto, el manejo de los recursos de la “Subcuenta predios” es diferente a la “Subcuenta Ambiental”.*

*“CUADRAGÉSIMA PRINCIPAL. Que se declare que de acuerdo con el Otrosí No. Diez (10) las actividades de adquisición predial para la construcción de la segunda calzada de Gualanday se respaldarían en las siguientes fuentes de financiación i) AOM por treinta y cinco (35) meses; ii) desplazamiento de la inversión; y iii) excedentes de la ANI”.*

*CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que de acuerdo con la Sección Cuarta (4) del Otrosí No. Diez (10) las actividades de adquisición predial para la construcción de la segunda calzada de Gualanday no podrían hacerse con los recursos consignados en la “Subcuenta predios”.*

*“CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare que, Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al haber dispuesto de los recursos de la cuenta “Subcuenta predios” para finalidades diferentes a las descritas en la cláusula treinta y cuatro (34) del contrato”.*

*“CUADRAGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL. Que se declare que, Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al haber adquirido los predios para la construcción de la segunda calzada de Gualanday con los recursos consignados en la “Subcuenta predios”.*

*“CUADRAGÉSIMA CUARTA PRINCIPAL. Que se declare que, Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al haber dispuesto el 1% determinado para la gestión ambiental de la “Subcuenta predios”.*

*“CUADRAGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL. Que se declare que, Concesionaria San Rafael sigue incumpliendo el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 al haber seguido usando los recursos de la “Subcuenta predios” para finalidades diferentes a las descritas en la cláusula treinta y cuatro (34) del contrato”.*

*“CUADRAGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL. Que se declare que, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá reembolsar los recursos de la “Subcuenta predios” que fueron indebidamente utilizados para finalidades diferentes a las descritas en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007”.*

*“CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL. Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento contractual, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir el valor de los perjuicios causados al haber usado y seguir usando los recursos de la “Subcuenta predios” para finalidades diferentes a las descritas en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007”.*

#### *Pretensiones de Condena*

*DÉCIMA PRINCIPAL DE CONDENA: Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a reintegrar a la subcuenta predios el valor del capital indebidamente dispuesto cuya suma es de DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$2.453.081.583,68).*

*DÉCIMO PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA: Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el valor de los intereses generados por la utilización indebida de los recursos de la subcuenta predio, el cual se encuentra pasado en CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS DIECIOCHO MIL CUARENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS (\$5.577.818.042,67).*

### **1. Posición de la parte Convocante en Reconvención ANI.**

En cuanto al presunto incumplimiento de **CSR** respecto de la obligación de reintegrar los recursos a la subcuenta predial, expone la ANI en los hechos 186 al 214 de la demanda de reconvención reformada lo siguiente:

En síntesis, la ANI expone lo que, a su consideración, serían indebidos manejos de los recursos de la subcuenta predial, de acuerdo con lo estipulado en el Contrato de Concesión. En primer lugar, se pone de presente que el once (11) de julio de 2018, la Interventoría observó que la Convocada en reconvención estaba dándole un alcance no autorizado a los valores que pertenecían a la subcuenta de gestión predial. En el Oficio CMAB-1-476-0110-18, el Consorcio MAB le solicitó al concesionario reintegrar DOS MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$2.700.000.000) correspondientes a los rendimientos financieros de la mencionada subcuenta.<sup>144</sup>

Asimismo, que la Interventoría requirió al concesionario a través del Oficio CMAB-1-476-0129-18 del diecisiete (17) de julio de 2018, advirtiéndole que los recursos

---

<sup>144</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvención y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvención Reformada, subcarpeta Reintegro de Predios, del expediente digital.

erogados de la subcuenta predios para la adquisición del inmueble “la cabaña” debían ser reintegrados, toda vez que ese bien no se encontraba incluido en la Resolución No. 01494 del veintitrés (23) de noviembre de 2017, y, por lo tanto, no correspondía a los lotes que podían ser adquiridos con cargo a esa subcuenta.<sup>145</sup> Manifiesta la ANI que a través de la comunicación CMAB-1-476-0288-18 del diecinueve (19) de septiembre de 2018 la Interventoría le solicitó al concesionario reintegrar tales sumas de dinero.<sup>146</sup>

Así mismo, da cuenta que el día ocho (8) de enero de 2019, la Interventoría le solicitó al concesionario mediante la Comunicación CMAB-1-476-0017-19 el reintegro de los recursos erogados de la subcuenta de gestión predial para la adquisición de unos lotes que no hacían parte de las metas físicas del Tramo cinco (5) del Proyecto.<sup>147</sup> Manifiesta la ANI que a pesar de los ingentes requerimientos hechos por la Interventoría, la Convocada en reconvención seguía guardando silencio al respecto, por lo que el Consorcio MAB se vio en la necesidad de iniciar una auditoría general en la subcuenta predios. Como consecuencia de lo anterior, en el desarrollo de esa labor la Interventoría lo requirió en tres (3) oportunidades a **CSR** para que hiciera el reintegro de los recursos de la subcuenta de predios que estaban usando para finalidades diferentes a las contratadas.

Según la ANI, el catorce (14) de agosto de 2019, el Concesionario realiza su primera manifestación a través de la Comunicación GIC-IB-2019-01028, en la cual pone de presente que: i) con relación al predio La Cabaña, se estaban realizando las gestiones para que fuera recibido por Cortolima como parte del programa de inversión del 1% ambiental; ii) frente a los predios CGIC-7-185A, CGIC-7-170B, predios nuevo puente Cajamarca y predios segunda calzada, se solicita un plazo adicional para reintegrar sus correspondientes valores.

El veintitrés (23) de agosto de 2019, el Consorcio MAB da respuesta a la solicitud hecha por el concesionario a través del oficio CMAB-1-476-0723-19, en este manifestaba que los dineros dispuestos por la Convocada en reconvención para adquirir el predio La Cabaña no respondían al objetivo para el cual se habían dispuesto, y, por lo tanto, debían ser restituidos. Igualmente se puso de presente que como quiera que los dineros usados para la adquisición de los predios CGIC-7-185A, CGIC-7-170B, predios nuevo puente Cajamarca y predios segunda calzada habían

---

<sup>145</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvención y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvención Reformada, subcarpeta Reintegro de Predios, del expediente digital.

<sup>146</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvención y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvención Reformada, subcarpeta Reintegro de Predios, del expediente digital.

<sup>147</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvención y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvención Reformada, subcarpeta Reintegro de Predios, del expediente digital.

salido sin justificación de la subcuenta predios, era necesario que se restituyeran inmediatamente.<sup>148</sup>

A través del Oficio GIC-BG-2019-1318 del diecisiete (17) de septiembre de 2019, el Concesionario dio respuesta a la comunicación CMAB-1-476-0723-19, indicando que no podía reintegrar los dineros de forma inmediata, toda vez que tenía problemas de flujo de caja y propuso que reintegraría los recursos más sus intereses financieros en el primer semestre del año 2021.

Para el trece (13) de diciembre de 2019, mediante la Comunicación GIC-BG-2019-1700, el concesionario reconocía expresamente que estaba en la obligación de reintegrar a la subcuenta predial las sumas de dinero utilizadas para la adquisición de predial que debían haber provenido de la subcuenta principal o de la ambiental, pero que, por problemas de liquidez, propuso reintegrar las sumas de dinero que integraban la subcuenta predial en el primer semestre de 2021.

Por otro lado, la Interventoría remitió el Oficio CMAB-1-476-0556- 20 del primero (1) de julio de 2020, a través del cual solicitó el cobro de intereses moratorios sobre los recursos que debían ser reintegrados a la subcuenta de predios. Lo anterior, de conformidad con lo estipulado en la cláusula sesenta y tres (63) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

La ANI expone que el trece (13) de enero de 2021, el concesionario remite el Oficio GIC-BG-2021-0032 a través del cual hace entrega de un cuadro de reintegro de predios que no correspondía la actualización solicitada, pero acepta que debe reintegrar sumas por pagos de predios de la segunda calzada. Como consecuencia de lo anterior, el veintiséis (26) de enero de 2021, la Interventoría remite el oficio CMAB-1-476-0106-21 en el cual advierte que no se atendieron las observaciones remitidas en la comunicación CMAB-1-476-0160-20 y que no se incluyeron ni aclararon los pagos y devoluciones relacionados.<sup>149</sup>

El veintidós (22) de junio de 2021 la Interventoría remite la comunicación CMAB-1-476-0641-21 a través de la cual actualizó el valor del reintegro que debería realizar el concesionario, el cual ascendía a OCHO MIL TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$8.030.899.626).<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvención y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvención Reformada, subcarpeta Reintegro de Predios, del expediente digital.

<sup>149</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvención y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvención Reformada, subcarpeta Reintegro de Predios, del expediente digital.

<sup>150</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvención y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvención Reformada, subcarpeta Reintegro de Predios, del expediente digital.

Por otro lado, la ANI sostiene que con el laudo del doce (12) de abril de 2021, el Tribunal arbitral encargado de dirimir las controversias existentes entre Concesionario San Rafael y la ANI, se determinó que la Convocada en reconvencción se encontraba obligada a devolver los recursos que había reclamado la Convocante en reconvencción a través del Consorcio Interconcesiones y el Consorcio MAB. La anterior orden quedó consignada en el Resuelve de la providencia “(X) RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONCERNIENTES AL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS. (Grupo VI.9)”

Agrega la ANI que, en la decisión de marras el Tribunal Arbitral concluyó que “la Concesionaria desconoció algunas previsiones contractuales y adquirió predios que no podían ser pagados con cargo a esa subcuenta y que, además, realizó unos pagos que no corresponden ni son inherentes a actividades que contractualmente están autorizadas, o que son costos ajenos a la gestión predial”.

Finalmente, la ANI manifiesta que se encuentra acreditado el incumplimiento de la Concesionaria San Rafael del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 al haber usado los recursos de la Subcuenta predios en indebida forma, debiendo entonces reintegrar el valor de capital e intereses debidos.

## **2. Posición de la parte Convocada en reconvencción CSR.**

En síntesis, el concesionario se opone a las pretensiones formuladas por la ANI. Es así como manifiesta que no es cierto que haya guardado silencio frente a los requerimientos realizados por la interventoría frente a las solicitudes de reintegro de los recursos pertenecientes a la subcuenta predial, ya que por el contrario, expone que se pronunció al respecto así: el oficio CMAB-1- 476-0105-19<sup>151</sup> se respondió con la comunicación GIC-IB-2019-0926 de fecha 23 de julio de 2019<sup>152</sup>; el oficio CMAB-1-476-0106-19 se respondió con la comunicación GIC-IB-2019-0926 de fecha 23 de julio de 2019; y el oficio CMAB- 1-476-0166-19<sup>153</sup> se respondió con la comunicación GIC-IB-2019-0547 de fecha 8 de mayo de 2019.

En adición a lo anterior, el concesionario agrega que solicitó un plazo para realizar el reintegro de los recursos tal y como lo explicó en su comunicación GIC-BG-2019-1318 de fecha 17 de septiembre de 2019, con la cual alega que no ha sido ajeno ni ha desconocido los requerimientos de la ANI ni de la Interventoría en relación con la

---

<sup>151</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvencción y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Reintegro de Predios, del expediente digital.

<sup>152</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvencción y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Reintegro de Predios, del expediente digital.

<sup>153</sup> La comunicación fue aportada en la demanda de reconvencción y se encuentra en la carpeta Pruebas, subcarpeta Pruebas DDA Reconvencción Reformada, subcarpeta Reintegro de Predios, del expediente digital.

necesidad de efectuar el reintegro de recursos con los respectivos rendimientos financieros, pero no con los intereses moratorios.

Frente a la orden impartida por el Tribunal Arbitral anterior de devolver los recursos a la subcuenta predial, el Concesionario sostiene lo contrario. Afirma, que se trata de una transcripción de un aparte del Laudo frente al cual se atiene al contenido literal del documento. Sin perjuicio de lo anterior, expone que nuevamente la ANI invoca convenientemente tan solo un párrafo del Laudo dictado por el Tribunal Arbitral en el caso No. 116306 el cual resulta descontextualizado.

Agrega que el párrafo que transcribe la ANI corresponde a lo expresado por el Tribunal respecto de una de las pretensiones formulada por el Concesionario en el sentido de que se declarara que todos los costos y gastos realizados con cargo a la Subcuenta Predial se derivan o se vinculan inherentemente a la Gestión Predial. Asimismo, que en efecto el Tribunal declaró no prospera esta pretensión al determinar que se probaron falencias o descuidos en el manejo de la Subcuenta Predios, sin embargo, manifestó que ello obedece a una “ausencia de colaboración entre las Partes” y que, adicionalmente, las Partes se encuentran adelantando un proceso de revisión de la Gestión Predial que no ha terminado, razón por la cual, las discrepancias que en efecto existan y/o se materialicen (a futuro) habrán de ser determinadas y en ese momento sí podrá establecerse si existen o no saldos que deban ser reintegrados por el Concesionario.

Finalmente, el concesionario sostiene que la ANI pretende reabrir un debate jurídico respecto del cual (i) el juez del Contrato de Concesión ya se pronunció con base en las mismas disposiciones contractuales que ahora invoca la ANI; (ii) la ANI ya formuló un reclamo en contra del Concesionario por el supuesto manejo indebido de la Subcuenta Predios —que si bien particularmente se circunscribió al Rubro Proveedores, lo cierto es que el Tribunal Arbitral al resolver el cargo estudió de manera omnicompreensiva las obligaciones relacionadas con la Gestión Predial y su conclusión, a su turno, comprende en general el manejo de la Subcuenta Predial—, y en consecuencia, (iii) existe cosa juzgada en relación con el manejo de la Subcuenta Predios, siendo que, a la fecha, las Partes continúan en la revisión y cruce de cuentas de la subcuenta, de modo que el supuesto de hecho que sirve de base a la conclusión del Tribunal Arbitral en el caso No. 116306 no ha cambiado.

Asimismo, la Convocada en reconvencción propuso las siguientes excepciones:

*“3.6.1. LA AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONCESIONARIO RESPECTO DEL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS: LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA*

*3.6.2. LA AUSENCIA DE MORA COMO CONSECUENCIA DE LA INEXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONCESIONARIO*

**3.6.3. LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS”.**

**3. Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ANDJE**

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitó al Tribunal: negar todas las pretensiones de la reforma de la demanda presentada CSR., así como las excepciones propuestas en la contestación de la demanda en reconvención instaurada por la ANI.

**4. Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público conceptuó en los Alegatos de Conclusión que se encontraba acreditado el incumplimiento reclamado por la ANI, procediendo en efecto la indemnización de los perjuicios que se encontraren probados. Así lo acreditó:

*“En diligencia de Interrogatorio y la declaración de parte del señor Romero Bertel, Representante Legal de la Sociedad Concesionaria San Rafael S.A., el 14 de junio de 2022, se manifestó por parte del concesionario lo siguiente, en clara aceptación de su deber de reintegrar valores utilizados de la subcuenta de predios utilizados en otros asuntos, justificado en dificultades financieras”.*

*“En este tema, adicionalmente el concesionario tácitamente acepta el incumplimiento alegado por la ANI al decir que existen “discrepancias respecto de la inversión de esos recursos frente a lo cual las Partes se encuentran realizando su revisión; (ii) lo anterior así lo determinó el juez del Contrato de Concesión en el curso del Trámite Arbitral No. 116306 y, en consecuencia (iii) existe cosa juzgada respecto de lo resuelto en el Laudo de fecha 12 de abril de 2021”.” (Págs. 61-62 de los Alegatos de Conclusión presentados por el Ministerio Público).*

**5. Consideraciones del Tribunal**

De acuerdo con lo manifestado y sustentado por las partes en la demanda de reconvención, su contestación y traslado, este Tribunal considera que debe resolverse el siguiente problema jurídico: ¿existe cosa juzgada en lo que respecta al grupo de pretensiones, relacionadas con el presunto incumplimiento en el manejo de la subcuenta predial y con la reclamación de presuntos perjuicios derivados del mismo, de cara a lo tratado formal y materialmente en el Laudo Arbitral de fecha 12 de abril de 2021 proferido dentro Trámite No. 116306?

En caso de ser negativa la respuesta anterior, ¿incumplió el Concesionario San Rafael las Secciones 1.88 y 35.11, así como la Cláusula 34, y los Otrosíes N.º. 2 y 10 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, respecto del manejo contractual que debía dársele a la subcuenta predial? De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿es procedente

un reconocimiento de perjuicios en favor de la ANI por su presunto incumplimiento en los términos planteados en la demanda de reconvención reformada?

Expuesto lo anterior, en lo que respecta a este grupo de pretensiones, relacionadas con el presunto incumplimiento en el manejo de la subcuenta predial y con la reclamación de presuntos perjuicios derivados del mismo, resulta de vital importancia analizar lo resuelto en el Laudo Arbitral de fecha 12 de abril de 2021 proferido dentro Trámite No. 116306, toda vez que la litis en este punto se centra en la existencia o no de la cosa juzgada respecto de una buena parte de las mencionadas pretensiones.

El Tribunal remite a los fundamentos jurídico sobre Cosa Juzgada que ya fueron ilustrados en el numeral 5.1 del capítulo II sobre las pretensiones relacionadas con el riesgo de evasión tarifaria

De acuerdo con lo anterior, de la ley<sup>154</sup> y su interpretación por la jurisprudencia puede concluirse que son tres los elementos para tener en cuenta para predicar la operatividad de la cosa juzgada en nuestro ordenamiento, como ya fue expuesto por el Tribunal en un capítulo anterior, así<sup>155</sup>:

1. **Que el proceso verse sobre el mismo objeto.** Se refiere al tema o aspecto sobre el cual se centra la discusión o el problema jurídico a resolver.
2. **Que el proceso se funde en la misma causa que el anterior.** Hace alusión a la razón o qué fue lo que motivó a las partes a iniciar determinado proceso.
3. **Que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.** Esto es, que ambos extremos procesales sean los mismos.

En este orden de ideas, a continuación, se procederá a examinar si de las pretensiones de la demanda en reconvención elevadas por la ANI se puede predicar o no la Cosa Juzgada. Al analizar el **Laudo arbitral de fecha 12 de abril de 2021**,

---

<sup>154</sup> El Art. 303 del Código General del Proceso dispone lo siguiente frente a la Cosa Juzgada: “La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos. En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento. La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”. (Se subraya).

<sup>155</sup> Adicionalmente, resulta necesario precisar que, tal y como lo ha interpretado la doctrina procesal más reciente, “(...) para saber precisamente cuál es la *res in iudicium deducta* se requiere observar la sentencia en su todo, esto es, tanto en su parte dispositiva como en su parte motiva, pues puede fácilmente suceder que la decisión no recaiga explícitamente pero sí explícitamente sobre el objeto (...)” a resolverse Sobre la Cosa Juzgada, ver: Moreno Machado, Carlos Iván. Cosa Juzgada: entre el Código General del Proceso y la Constitución Política, en *Lecciones Constitucionales del Código General del Proceso*. Ramiro Bejarano Guzmán, Diego Fernando Rojas, Mónica Alejandra León, Coordinadores y Editores. Universidad Externado de Colombia. 2022. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/9344afe6-30aa-4887-aace-974996a450e4/content>

**dentro del Trámite Arbitral No. 116306** encontramos que ese Tribunal se pronunció en la sección 4.9. sobre “LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.9 CONCERNIENTES AL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS” (Págs. 248-280), cuyo objeto, causa y partes, coincide con el presente trámite procesal, predicándose los requisitos de la Cosa Juzgada **respecto de las pretensiones TRIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL, CUADRAGÉSIMO SEGUNDA (42), TERCERA (43), CUARTA (44) PRINCIPALES de la Demanda de Reconvención Reformada**, así:

- 1. En cuanto a la Identidad de objeto:** en ambos trámites el tema sobre el cual versa la discusión es el mismo, y se refiere al manejo que de la subcuenta predial realizó el Concesionario San Rafael, producto de la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2007. En particular, se debate, si el Concesionario incumplió las Secciones 1.88 y 35.11, así como la Cláusula 34, y los Otrosíes N.º 2 y 10 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.
- 2. En relación con la Identidad de causa:** en ambos trámites la razón o causa de controversia versa sobre el destino y empleo que, de los recursos de la Subcuenta Predial, realizó el concesionario, distinto a lo contemplado en las Secciones 1.88 y 35.11, así como la Cláusula 34, y los Otrosíes N.º 2 y 10 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.
- 3. Respecto de Identidad jurídica de partes:** en efecto se trata de las mismas partes procesales, por un lado, la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, y por el otro el Concesionario San Rafael.

El problema jurídico general en el anterior Laudo se planteó así por parte de dicho Tribunal:

*“Estudiadas las pretensiones planteadas en la demanda reformada y las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la misma, el Tribunal deduce que los principales problemas jurídicos a dirimir son ¿si de acuerdo con lo pactado en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, en concreto, en las Cláusulas 1 [Num.1.36 y 1.88] y 34 es posible concluir que los recursos depositados en la Subcuenta Predios están destinados a cubrir y pagar TODAS Las actividades y costos asociados o inherentes a la Gestión Predial? Y, si de acuerdo con lo probado, ¿se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. no está obligada a devolver los recursos reclamados por la ANI a través de las firmas interventoras Consorcio Interconcesiones y Consorcio CMAB?”*

De acuerdo con lo anterior, se procederá a identificar cada pretensión y su respectiva consideración en el Laudo Arbitral de 12 de abril de 2021 para constatar la aplicación del fenómeno de la cosa juzgada:

- **Pretensión en el actual trámite arbitral:** *“TRIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL. Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 1.88. del*

*Contrato de Concesión No. 007 de 2007, los recursos consignados en la “Subcuenta predios” solo podrán aplicarse para las finalidades descritas en la cláusula treinta y cuatro (34) del contrato y lo dispuesto en el Otrosí No. Dos (2) del veinticuatro (24) de abril de 2008”.*

- **Lo decidido al respecto en el anterior trámite arbitral (No. 116306):** Lo pretendido fue objeto de pronunciamiento respecto de las pretensiones Primera a Cuarta del Laudo Arbitral de 12 de abril de 2021, por lo que se da la cosa juzgada. Págs. 248 a 265. El presente Tribunal remite a lo expuesto en el referido Laudo, y destaca algunos apartes de las consideraciones o parte motiva que llevaron a emitir la parte resolutive de dicho Laudo en este aspecto:

*“(…) Como ya se precisó, las Pretensiones **Primera y Tercera** se encaminan únicamente a que se constate el contenido de algunas previsiones contractuales (Cláusula 1 numerales 1.36 y 1.88) se definen en que consiste la Gestión Predial y la Subcuenta de Predios. Considerando que efectivamente ello es así, el Tribunal **declarará la prosperidad de las referidas pretensiones**, sin consideración adicional frente al punto.*

*(…) En cuanto a la **Cuarta pretensión**, relativa a la suscripción de la Modificación 1 el día 24 de abril de 2008, el Tribunal encuentra que, en la citada fecha, en efecto, las Partes suscribieron ese Modificatorio en el que modificaron y complementaron el esquema de adquisición de predios establecido en la Cláusula 34 del contrato de concesión No 007-de 2007- y adicionaron algunas obligaciones atribuidas en la cláusula 34. Esto quedó consignado en las Cláusulas 1a y 2a así:*

*“**PRIMERA: OBJETO.**- Las partes acuerdan **modificar y complementar el esquema de adquisición de predios establecido en el contrato** de concesión No 007-de 2007- para el proyecto-vial “GIRARDOT- IBAGUÉ- CAJAMARCA-con el ánimo de agilizar su ejecución y establecer, a su vez, mecanismos concretos de control y vigilancia en materia de gestión predial, en armonía con el ordenamiento jurídico que regula la función administrativa de adquisición de predios de utilidad pública y la ejecución de obras por Concesión.*

***SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.** El CONCESIONARIO será el responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de todas las obras comprendidas en el desarrollo del contrato; en desarrollo de dicha responsabilidad, **y en adición y complementación de las obligaciones que ya le han sido atribuidas a través de la cláusula 34** del contrato: de Concesión deberá cumplir con las obligaciones-que se describen a continuación: (…)*

*(…) Como consecuencia de lo anterior la **Pretensión Cuarta también habrá de prosperar**”. (Negritas fuera de texto)*

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal puede corroborar que lo pretendido por la demandante en reconvención, en cuanto a declarar que producto de lo establecido en la Sección 1.88. del Contrato de Concesión, los recursos consignados en la “Subcuenta predios” solo podrán aplicarse para las finalidades descritas en la cláusula treinta y cuatro (34) y lo dispuesto en el Otrosí No. 2 de 2008, ya fue objeto de pronunciamiento por parte del panel arbitral anterior, **por lo que declarará la cosa**

**juzgada respecto de la pretensión “TRIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL.**

Finalmente, en la parte resolutive de dicho Laudo, se encuentra lo siguiente frente a esta pretensión (Pág. 294 del Laudo Arbitral de 12 de abril de 2021):

*“82º Declarar que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en el numeral 1.36 de la Cláusula 1 define y concreta en qué consiste la Gestión Predial. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN PRIMERA** de la demanda reformada*

*83º Declarar que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en la Cláusula 34 regula y describe en qué consiste el esquema de adquisición de Predios. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN SEGUNDA** de la demanda reformada*

*84º Declarar que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en el numeral 1.88 de la Cláusula 1 define el termino Subcuenta de Predios y determina qué recursos deben ser depositados en ésta y cuáles gastos deben ser atendidos con cargo a dichos recursos. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN TERCERA** de la demanda reformada*

*85º Declarar que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Concesionaria San Rafael S.A. suscribieron el día 24 de abril de 2008 la Modificación No. 1 (SIC) al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 mediante la cual modificaron y complementaron la Gestión de adquisición de predios regulado en la Cláusula 34. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN CUARTA** de la demanda reformada.”[*

- **Pretensión en el actual trámite arbitral: “CUADRAGÉSIMO SEGUNDA PRINCIPAL.** Que se declare que, Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al haber dispuesto de los recursos de la cuenta “Subcuenta predios” para finalidades diferentes a las descritas en la cláusula treinta y cuatro (34) del contrato”.
- **Lo decidido al respecto en el anterior trámite arbitral (No. 116306):** Lo pretendido fue objeto de pronunciamiento respecto de las pretensiones Quinta a Décima Primera del Laudo Arbitral de 12 de abril de 2021, por lo que se da la cosa juzgada. Págs. 265 a 280. El presente Tribunal remite a lo expuesto en el referido Laudo, y destaca algunos apartes de las consideraciones o parte motiva que llevaron a emitir la parte resolutive de dicho Laudo en este aspecto:

*“(…) Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de las claridades que han sido indicadas, **NO podrá prosperar la Pretensión Quinta** encaminada a que se declare que los recursos de la Subcuenta Predial están destinados a cubrir y pagar “TODAS las actividades y COSTOS asociados a la gestión Predial”. (…)*

*(…) Todo lo expuesto permite al Tribunal concluir **que la Concesionaria no probó que todos “los gastos y costos realizados con cargo a esta Subcuenta Predial, se derivan o se vinculan a las actividades propias de la Gestión Predial o son inherentes a ellas y, en esa medida que podían pagarse con cargo a los recursos fideicomitidos en dicha Subcuenta.** Por el contrario, se acreditó en el plenario que la Concesionaria desconoció algunas previsiones contractuales y adquirió predios que no podían ser pagados con cargo a esa subcuenta y que, además, realizó unos pagos que no corresponden ni son*

*inherentes a actividades que contractualmente están autorizadas, o que son costos ajenos a la gestión predial.*

*Lo expuesto permite afirmar que la Concesionaria NO HA INVERTIDO LA TOTALIDAD DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA PREDIAL en las actividades inherentes a la Gestión Predial que hubo de adelantar para adquirir los predios necesarios para la ejecución del Proyecto según las previsiones de los numerales 1.36 y 1.88 de la Cláusula 1 del Contrato, así como de conformidad con las regulaciones vertidas en la Cláusula 34 ibidem y en la Modificación No. 1 de 24 de abril de 2008 (...)*

*En virtud de lo anterior, el Tribunal habrá de declarar que esta **Pretensión Sexta del Grupo VI.9 NO habrá de prosperar***”.

*(...) Lo anterior es suficiente para concluir y afirmar la (s) Interventoría (s) encargada(s) de vigilar el contrato durante ese periodo (2008 y 2017) no estuvo ni dio su conformidad al manejo de esta subcuenta, todo lo contrario presentó varias glosas por diferentes aspectos, requirió al Concesionario, solicitó explicaciones y solicitó reintegros de recursos por haberse incurrido en errores o excesos en la adquisición o por haberse dispuesto recursos para adquirir predios que de acuerdo con el contrato no han debido comprarse con cargo a la subcuenta de predios.*

*Con fundamento en lo expuesto, esta **Pretensión tampoco habrá de prosperar**”. **Sobre las Pretensiones Novena y Décima del Grupo VI.9 “ (...) En síntesis, la Pretensión Novena del Grupo VI.9 habrá de prosperar tan solo de manera parcial, vale decir que no prospera en los términos en que fue solicitada, porque si bien es cierto que solamente hasta fecha la Interventoría manifestó inconformidad respecto de Manejo, uso y destino de la Subcuenta de Predios, en lo que se refiere al Rubro de Proveedores, también es cierto que antes de esa fecha tal como se indicó al analizar la Pretensión Octava si hubo manifestaciones de inconformidad respecto del Manejo, uso y destino de la Subcuenta de Predios, en lo que se refiere a adquisiciones de predios (áreas en exceso y áreas que no debían pagarse con cargo a dicha Subcuenta (...).***

*“(...)Teniendo en cuenta que la Convocante para efectos de la Declaración que solicita, remite al Tribunal a la comunicación que acaba de transcribirse; con base en ella el Tribunal declarará que esta **Décima Pretensión prospera de manera parcial**, en la medida en que si bien es cierto que el valor citado corresponde a una Solicitud de Reintegro por **\$5.488.470.833,04**, esta hace referencia a **Solicitud de reintegro por Auditoría Financiera (Capítulo 4 Informe- Rubro Proveedores)**. No obstante, en la misma obra otra Solicitud de reintegro por **Auditoría Predial por un Valor de \$866.592.542 y respecto de dichas sumas, se precisa que “deberán adicionarse los respectivos rendimientos generados desde el momento del débito efectuado en la subcuenta y la fecha del abono.”***

Adicionalmente, el Tribunal anterior decidió **“NEGAR la PRETENSIÓN DECIMA PRIMERA por las razones que se contienen en la parte motiva de este laudo arbitral”**, en la cual el Concesionario había solicitado que se declarase que no estaba obligada a devolver los recursos reclamados por la ANI a través de las firmas interventoras Consorcio Interconcesiones y Consorcio MAB.

Frente al incumplimiento del contrato, vale precisar que el Laudo anterior negó la **EXCEPCIÓN DÉCIMA SEGUNDA** presentada por la ANI sobre *“(...) el incumplimiento grave del Contrato 007 de 2007 por el inadecuado manejo y administración de la Subcuenta de Predios, por lo que debe reintegrar a dicha subcuenta los recursos que*

la ANI le ha conminado reiteradamente a devolver”, debido a que lo que se encontró probado en el proceso fue una serie de discrepancias entre las partes sobre los recursos que salieron de esta subcuenta, así como su empleo, y sobre el cual se encontraban aun conciliando, por lo que no se podía predicar un incumplimiento propiamente dicho. Así lo concluyó el anterior Tribunal:

*“Por lo demás, con base en la lectura del material probatorio relacionado con esta excepción, la cual está íntimamente relacionada con la Pretensión Décima Primera de la demanda arbitral, el Tribunal observa como lo ha advertido igualmente el señor Agente del Ministerio Público, que la gestión predial a cargo de la Concesionaria concluyó, pero **las Partes siguen adelantado el proceso de revisión de dicha gestión predial, lo cual incluye el análisis y la revisión de la Subcuenta de Predios, revisión que no ha concluido y aún se presentan discrepancias entre ellas en relación con gastos efectuados con cargo a dicha Cuenta**, por lo que no podría definirse concretamente cuáles pagos deben permanecer o salir de la cuenta y deben ser descontados y reembolsados por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. Por lo tanto, así como no es posible declarar en este momento que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. no está obligada a devolver los recursos reclamados por la ANI a través de las firmas interventoras Consorcio Interconcesiones y Consorcio MAB, por las mismas razones, el Tribunal tampoco declarará probada la excepción 12 formulada por la Parte Convocada, conforme a la cual El Concesionario San Rafael incumplió gravemente el Contrato 007 de 2007 en lo relativo al adecuado manejo y administración de la Subcuenta de Predios, por lo que debe reintegrar a dicha subcuenta los recursos que la ANI le ha conminado reiteradamente a devolver”. (Pág. 280, Laudo del 12 de abril de 2021)*

En la parte resolutive de dicho Laudo, se encuentra lo siguiente frente a estas pretensiones (Pág. 294 del Laudo Arbitral de 12 de abril de 2021):

*“86° **NEGAR** las **PRETENSIONES QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA** de la demanda reformada, por las razones contenidas en los apartes considerativos de este laudo arbitral.*

*87° Declarar la **PROSPERIDAD PARCIAL** de la **PRETENSIÓN DÉCIMA** de la demanda reformada, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.*

*88° **NEGAR** la **PRETENSIÓN DECIMA PRIMERA** por las razones que se contienen en la parte motiva de este laudo arbitral.*

*89° Declarar que, por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo, **NO PROSPERA** la **EXCEPCIÓN** formulada por la Agencia Nacional De Infraestructura-ANI rotulada “El concesionario San Rafael ha incumplido gravemente el Contrato 007 de 2007 en lo relativo al adecuado manejo y administración de la Subcuenta de Predios”, por lo que debe reintegrar a dicha Subcuenta los recursos que la ANI le ha conminado reiteradamente a devolver”.*

En consecuencia, y toda vez que lo que se pretende en el presente trámite en lo que atañe a esta pretensión, es la declaratoria de incumplimiento del contrato, este Tribunal encuentra que ya fue objeto de juzgamiento y por ende, declarará la cosa juzgada respecto de la pretensión **CUADRAGÉSIMO SEGUNDA PRINCIPAL**.

- **Pretensión en el actual trámite arbitral:** “**CUADRAGÉSIMO TERCERA PRINCIPAL**. Que se declare que, Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al haber adquirido los predios para la construcción

de la segunda calzada de Gualanday con los recursos consignados en la “Subcuenta predios”.

- **Lo decidido al respecto en el anterior trámite arbitral (No. 116306):** Lo pretendido fue objeto de pronunciamiento respecto de la pretensión Sexta del Laudo Arbitral de 12 de abril de 2021, por lo que se da la cosa juzgada. Págs. 270 a 274. El presente Tribunal remite a lo expuesto en el referido Laudo, y destaca algunos apartes de las consideraciones o parte motiva que llevaron a emitir la parte resolutive de dicho Laudo en este aspecto:

*“(…) Asimismo en el proceso se acreditó que la Concesionaria utilizó recursos de la subcuenta predial para la adquisición predial de la segunda calzada de la variante Gualanday, pese a que mediante Otrosí No. 10 se precisaron los recursos que debían utilizarse para tal fin y, de igual manera se demostró, en relación con otros gastos incluidos bajo el rubro de proveedores, que varios de ellos tampoco son propios de la gestión predial y por tanto no podían sufragarse con cargo a esta subcuenta, situaciones que en algunos casos fueron admitidas por la Concesionaria, manifestando su obligación de reintegrar los respectivos recursos.*

*(…) Todo lo expuesto permite al Tribunal concluir que la Concesionaria no probó que todos “los gastos y costos realizados con cargo a esta Subcuenta Predial, se derivan o se vinculan a las actividades propias de la Gestión Predial o son inherentes a ellas y, en esa medida que podían pagarse con cargo a los recursos fideicomitidos en dicha Subcuenta. Por el contrario, se acreditó en el plenario que la Concesionaria desconoció algunas previsiones contractuales y adquirió predios que no podían ser pagados con cargo a esa subcuenta y que, además, realizó unos pagos que no corresponden ni son inherentes a actividades que contractualmente están autorizadas, o que son costos ajenos a la gestión predial.*

*En virtud de lo anterior, el Tribunal habrá de declarar que esta **Pretensión Sexta del Grupo VI.9 NO habrá de prosperar**”. (Negrilla fuera de texto).*

En la parte resolutive de dicho Laudo, se declaró la no prosperidad de la pretensión SEXTA de la demanda reformada, la cual pretendía que se declarase que totalidad de los recursos girados desde la Subcuenta de Predios habían sido invertidos por la Concesionaria San Rafael S.A. en las actividades inherentes a la Gestión Predial que hubo de adelantar para adquirir los predios necesarios para la ejecución del Proyecto, así: **“86° NEGAR las PRETENSIONES QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA de la demanda reformada, por las razones contenidas en los apartes considerativos de este laudo arbitral”**.

En virtud de lo anterior, queda claro para el presente Tribunal que en el trámite arbitral anterior se logró corroborar y juzgar que la totalidad de los recursos girados desde la Subcuenta de Predios del Fideicomiso FC San Rafael no fueron invertidos por la Concesionaria San Rafael S.A. en las actividades inherentes a la Gestión Predial, sino que, por el contrario, se adquirieron distintos predios para la terminación de la segunda calzada Buenos Aires-Gualanday desde dicha

subcuenta. Asimismo, que el Tribunal anterior no declaró el incumplimiento del Contrato de Concesión por este concepto, en virtud de la excepción No. 12 elevada por la ANI como ya se expuso.

Por todas las consideraciones expuestas, se declarará la cosa juzgada respecto de la pretensión *CUADRAGÉSIMO TERCERA PRINCIPAL*, al haber sido objeto de pronunciamiento en el Laudo anterior.

- **Pretensión en el actual trámite arbitral:** *“CUADRAGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL. Que se declare que, Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al haber dispuesto el 1% determinado para la gestión ambiental de la “Subcuenta predios”.*
- **Lo decidido al respecto en el anterior trámite arbitral (No. 116306):** Lo pretendido fue objeto de pronunciamiento respecto de las pretensiones Quinta a Décima Primera del Laudo Arbitral de 12 de abril de 2021, por lo que también opera el fenómeno de la cosa juzgada. Págs. 270 a 277. El presente Tribunal remite a lo expuesto en el referido Laudo, y destaca algunos apartes de las consideraciones o parte motiva que llevaron a emitir la parte resolutive de dicho Laudo en este aspecto:

*“El Tribunal, una vez examinadas las pruebas que obran en el expediente, encuentra que no le asiste razón a la Convocante y **que en el plenario se acreditó lo alegado por la Convocada, esto es, que la Concesionaria utilizó recursos de la Subcuenta Predios en adquisiciones de predios que contractualmente no podían sufragarse con los recursos de dicha Subcuenta, como son los predios destinados a cumplir con la obligación ambiental de inversión del 1% y para la construcción de las áreas de servicio y en esa medida ignoró lo dispuesto en las Cláusulas 34 y 42 (...).**”*

Adicionalmente, del acervo probatorio, el anterior panel arbitral destaca las siguientes pruebas relacionadas, así:

**“1). La Prueba 56 de la Demanda Reformada,** Comunicación No. C1082-GC0137- 13/7.4.1 del 24 de enero de 2012 dirigida por el Consorcio Interconcesiones a la ANI, en la que la Interventoría lista varios de los predios adquiridos con cargo a esa Subcuenta de Predios, identificando aquellos que se adquirieron en exceso y otros se **adquirieron para cumplir obligaciones distintas de las autorizadas contractualmente, como son la obligación ambiental de inversión forestal del 1% y otras destinados para las áreas de servicio, con desconocimiento de lo dispuesto en la cláusula 42 y 34.33 del contrato, razón por la que solicita los respectivos reintegros a esta Subcuenta predial.**

**2). La prueba 59 de la Reforma de la Demanda.** Comunicación No. 2015-604-002869-1 de 12 de febrero de 2015 remitida por la ANI a la Concesionaria, en la que se refiere al acuerdo suscrito con CORTOLIMA el 13 de abril de 2011, para la inversión ambiental del 1% para la compra de predios, reforestación y manejo integral de cuencas urbanas y periurbanas de la cuenca del río Totare, y **se solicita entre otros que el valor pagado desde la subcuenta predial por el**

**Concesionario (\$216.722.589), para la adquisición del predio La Cabaña, con cargo al citado 1%, sea reembolsado en tanto este predio debió adquirirse con cargo a la Subcuenta Ambiental.**

**4). La prueba 63 de la Reforma de la Demanda.** Comunicación No. GIC-2015-2267 del 23 de noviembre de 2015 de la Concesionaria al Consorcio Interconcesiones, en la que presenta aclaraciones, adjunta certificaciones y admite haber utilizado recursos para la adquisición de predios para inversión ambiental del 1% e informa que se encuentra en trámite para la devolución y reintegro del dinero a la subcuenta predial.”

En virtud de lo expuesto, resulta claro para este Tribunal, que, el anterior panel arbitral pudo corroborar que el Concesionario San Rafael dispuso el 1% determinado para la gestión ambiental desde la Subcuenta predios, y que ello llevó a que precisamente no se declarara la prosperidad de la pretensión NOVENA de la demanda arbitral reformada como quedó consignado en la parte resolutive del Laudo anterior, así: **“86° NEGAR las PRETENSIONES QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA de la demanda reformada, por las razones contenidas en los apartes considerativos de este laudo arbitral”.**

Por todas las consideraciones expuestas, el presente Tribunal declarará la cosa juzgada respecto de la pretensión **CUADRAGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL**, al haber sido objeto de pronunciamiento en el Laudo anterior.

#### **PRETENSIONES SOBRE LAS CUALES NO SE PREDICA EL FENÓMENO DE LA COSA JUZGADA**

En este orden de ideas, respecto de aquellas pretensiones de las que no se predica el fenómeno de cosa juzgada por no llenarse uno o más requisitos de los contemplados en el Art. 303 del CGP, el Tribunal procede a realizar el siguiente análisis y proyección.

En relación con la pretensión **TRIGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL**, el Tribunal corrobora el siguiente contenido en la Sección 35.11 del Contrato de Concesión 007 de 2007:

*“El concesionario deberá invertir el uno (1%) por ciento del costo total de las obras para recuperación, preservación y manejo de cuencas hidrográficas, el cual está incluido en el monto estimado de inversión para la Gestión Ambiental. Estos recursos serán invertidos en obras y acciones de recuperación, preservación o conservación y vigilancia de las cuencas hidrográficas del área de influencia del proyecto de acuerdo a lo señalado por el INCO. En el evento que el concesionario utilice recursos hídricos de fuentes naturales para cualquier actividad, y por tanto esté sujeto a la contribución prevista en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, las medidas obras y acciones ejecutadas con estos recursos darán cumplimiento a dicha obligación. Estos recursos serán trasladados a la Subcuenta ambiental”.*

En virtud de lo anterior, se accederá a esta pretensión toda vez que lo que se solicita es la declaración de la reiteración de su contenido literal.

En relación con la pretensión **TRIGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL** el Tribunal encuentra lo siguiente en las disposiciones contractuales:

Conforme lo establecido en el Numeral 1.83 del acápite de *Definiciones* del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, en el cual se define la “*Subcuenta Ambiental*” se establece que esta: “*Es la subcuenta que deberá constituir el Concesionario en el Fideicomiso según la CLÁUSULA 25, en la cual el Concesionario depositará los recursos que el mismo deba aportar para cubrir los costos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales ambientales que emanan de la Licencia Ambiental, del Plan de Manejo Ambiental, del Plan de Gestión Social con sus respectivas modificaciones y lo dispuesto en la cláusula 35 del presente contrato, en lo que al proyecto se refiera, correspondientes a las actividades de construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento; adicionalmente, los costos de la formulación e implementación del Plan Social Básico.*”

*Las tarifas que cobre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Autoridad Ambiental Regional competente por los servicios de evaluación y seguimiento, así como las tasas por el uso y aprovechamiento de recursos naturales serán pagadas por el Concesionario a través de esta subcuenta”. (Página 28 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007).*

Por su parte, define en el numeral 1.88, lo relacionado con la “*Subcuenta de predios*” y establece que: “*Es la subcuenta que deberá constituir en **Concesionario** en el **Fideicomiso**, en la cual el **Concesionario** depositará los montos que de conformidad con la CLÁUSULA 34 deba realizar el **Concesionario** a esta subcuenta para la adquisición de los predios necesarios para las **Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación**. El valor de la indemnización a los titulares de derechos sobre los predios expropiados a que haya lugar, declarada por autoridades judiciales, los costos judiciales de imposición de servidumbres, de los predios correspondientes al Alcance Básico, las compensaciones identificadas en la resolución INCO 609 de 2005 a que haya lugar en cada proceso de adquisición predial y los costos del saneamiento del corredor vial. El pago de los honorarios de los profesionales directa o indirectamente encargados de la gestión y adquisición predial a cualquier título, así como de los profesionales contratados por el concesionario para adelantar los procesos de expropiación de predios, serán con cargo a esta subcuenta. No se incluye en esta subcuenta el costo de la elaboración de las fichas prediales, por cuanto hacen parte de los estudios y diseños. Los rendimientos producidos por el monto depositado en la **Subcuenta de Predios** acrecerán la misma, sin que de los mismos se pueda deducir suma alguna por comisión fiduciaria o cualquier otro concepto.*”

Los rendimientos producidos por el monto depositado en la **Subcuenta de Predios** acrecerán la misma, sin que de los mismos se pueda deducir suma alguna por comisión fiduciaria o cualquier otro concepto.

Esta subcuenta deberá manejarse de manera totalmente independiente de los demás recursos del **Fideicomiso** y las sumas depositadas en ella se aplicarán exclusivamente a las finalidades descritas en la CLÁUSULA 34 del presente contrato, sin perjuicio de que sus excedentes tendrán la destinación que a continuación se prevé.

El INCO será el beneficiario de los excedentes de la **Subcuenta de Predios**, la cual se liquidará al finalizar los pagos correspondientes a la adquisición de predios. La **Fiduciaria** enviará copia de la liquidación efectuada al INCO, a más tardar, dentro del mes siguiente a la realización del último pago a los propietarios de los predios requeridos para la ejecución de las **Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación del Proyecto**. El INCO podrá solicitar las aclaraciones que considere pertinentes sobre dicho informe. Si quedaren excedentes tras la liquidación definitiva, estos serán transferidos a la **Subcuenta de Excedentes de INCO**". (Página 30 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007)."

En virtud de las disposiciones transcritas, el Tribunal accederá a la **TRIGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL** para declarar que, en efecto, del contenido literal del Contrato se puede colegir que las actividades de adquisición predial son diferentes a las ambientales, y, por lo tanto, el manejo de los recursos de la "Subcuenta predios" es diferente a la "Subcuenta Ambiental".

En cuanto a la pretensión **CUADRAGÉSIMA PRINCIPAL**, el Tribunal corrobora lo siguiente del contenido de las Cláusulas Primera, Cuarta y Quinta del Otrosí No.10:

*"CLÁUSULA PRIMERA. -OBJETO: El CONCESIONARIO se obliga para con LA AGENCIA a ejecutar las siguientes actividades:*

- 1. Estudios y Diseños a nivel Fase 111 para construcción de las obras correspondientes a la segunda calzada del tramo*
- 2. 2 en el sector Gualanday, entre la Intersección Chicoral y la Intersección Gualanday, del Proyecto Girardot - Ibagué - Cajamarca 2. La gestión social y ambiental requerida para la ejecución de la obra*
- 3. 3. La gestión y adquisición de los predios requeridos para la ejecución de la obra*
- 4. 4. La construcción de las obras correspondientes a la segunda calzada del tramo 2 en el sector Gualanday, entre la Intersección Chicoral y la Intersección Gualanday, del Proyecto Girardot -Ibagué -Caja marca,*
- 5. 5. Operación y mantenimiento de a la segunda calzada en el sector Gualanday, entre la Intersección Chicoral y la Intersección Gualanday, hasta el 31 de diciembre de 2021.*

*PARÁGRAFO: Las obras a ejecutarse deben sujetarse al cumplimiento de las Especificaciones Técnicas contenidas en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, sus Apéndices, Anexos y las normas vigentes y aplicables. (Separador central de un ancho promedio de 3.0 m, [cuando las dos calzadas estén adosadas] con anchos de carril de 3.65 m y bermas internas de 0.50 m y externas de 1.80 m.*

de acuerdo con las recomendaciones de la Ley 105 de 1.993 en su artículo 13 - Especificaciones de la Red Vial de Carreteras).

**CLÁUSULA CUARTA. FUENTES DE PAGO:** La Elaboración de los estudios y diseños a nivel de Fase 111, las obras correspondientes a la segunda calzada del Tramo 2 de sector Gualanday, entre la Intersección Chicoral y la Intersección Gualanday, del Proyecto Girardot -Ibagué -Caja marca, incluidas la gestión y adquisición predial, gestión social, gestión ambiental, y la operación y mantenimiento de la misma, se remunerarán al Concesionario con cargo a las siguientes fuentes:

Fuentes	Monto	Pesos
AOM x 35 meses	\$ 48.687.189.100	Dic-13
	\$ 15.402.718.398	Dic-13
	\$ 2.183.396.444	Dic-13
<b>Total VPN a Dic 2013 Disponibles</b>	<b>\$ 66.273.303.942</b>	<b>Dic-13</b>

La suma de las fuentes de recursos antes identificadas ascienda a SESENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS DE DICIEMBRE DE 2013 EN DICIEMBRE DE 2013 (\$66.273.303.942).

**CLAÚSULA QUINTA. -FORMA DE PAGO:** El valor final de las obras y actividades que se ejecutarán en desarrollo del presente Otrosí será cubierto al Concesionario de siguiente manera:

5.1. La suma correspondiente a los excedentes ANI, que asciende a DOS MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 2013 (\$2.500.000.000), mediante la transferencia de la Subcuenta de Excedentes del Fideicomiso a la Cuenta Principal, contra la entrega por parte del Concesionario, a satisfacción de la interventoría, de los estudios y diseños en Fase 111. Lo que se asume ocurrirá en mayo de 2015.

5.2. La suma de NUEVE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SESENTA Y DOS PESOS DE DICIEMBRE DE 2013 EN DICIEMBRE DE 2013 (\$ 9.446.666.062), correspondiente a una parte del saldo del valor por concepto del desplazamiento de la inversión y de la menor inversión en la operación y mantenimiento del Tramo 2 reconocidos por el Concesionario, mediante la aplicación de los valores correspondientes a las Actas Intermedias trimestrales representativas de las inversiones efectuadas por el Concesionario en desarrollo del presente Otrosí, en las cuales se detallará el concepto de la inversión.

5.3. La suma de CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL CIEN PESOS DE DICIEMBRE DE 2013 EN DICIEMBRE DE 2013 (\$48.687.189.100) correspondiente a los recursos obtenidos de la reducción del periodo de Permanencia Mínima en la Etapa de Operación de Mantenimiento, correspondientes a un periodo de 35 meses, mediante la aplicación de los valores correspondientes a las Actas Intermedias trimestrales representativas de las inversiones efectuadas por el Concesionario en desarrollo del presente Otrosí, en las cuales se detallará el concepto de la inversión.

**PARÁGRAFO:** Teniendo en cuenta que el saldo disponible del desplazamiento es de QUINCE MIL CUATROCIENTOS DOS MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS DE DICIEMBRE DE 2013 EN DICIEMBRE DE 2013 (\$15.402.718.398), habiéndose establecido de acuerdo con los diseños Fase 11 que solo se requerirá la utilización de NUEVE

*MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SEICIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SESENTA Y DOS PESOS DE DICIEMBRE DE 2013 EN DICIEMBRE DE 2013 (\$9.446.666.062), el nuevo saldo correspondiente a la suma CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS DE DICIEMBRE DE 2013 EN DICIEMBRE DE 2013 (\$5.956.052.336 ), corresponde al nuevo valor del desplazamiento de la inversión, y podrá utilizarse como fuente de pago una vez se tenga los diseño Fase 111, siempre y cuando los no superen la suma de SESENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS DE DICIEMBRE DE 2013 EN DICIEMBRE DE 2013 (\$66.273.303.942).”*

En virtud de lo anterior, se accederá a esta pretensión toda vez que lo que se solicita es la declaración de la reiteración de su contenido literal.

Asimismo, en la pretensión **CUADRAGÉSIMO PRIMERA PRINCIPAL** se solicitó lo siguiente: “*Que se declare que de acuerdo con la Sección Cuarta (4) del Otrosí No. Diez (10) las actividades de adquisición predial para la construcción de la segunda calzada de Gualanday no podrían hacerse con los recursos consignados en la “Subcuenta predios”, tenemos el contenido de las Cláusulas 9 y 10 Otrosí No.10:*

*“CLÁUSULA NOVENA: RECURSOS PARA PREDIOS.- Las partes convienen clara y expresamente que los recursos para la adquisición de los predios necesarios para la construcción de la segunda calzada en el sector Gualanday, entre la intersección Chicoral y la intersección Gualanday, incluyendo el reconocimiento de compensaciones socioeconómicas establecidas en la Resolución INCO No. 545 de 2008 o la norma que la modifique, complemente o sustituya, se efectuara con cargo a la fuente de recursos establecida en la cláusula cuarta del presente. Sin embargo en ningún caso el eventual reajuste del valor de los predios requeridos podrá significar el rebasamiento del límite máximo establecido para este rublo, una se cuente con la Fase III.*

*En el evento en que el Concesionario supere el límite máximo de los recursos disponibles para la adquisición de predios, los recursos adicionales que se lleguen a requerir serán aportados por este a su cuenta y riesgo, lo anterior en consideración a la información predial suministrada por El Concesionario como producto del alcance del Otrosí No. 9 de 2014.*

*PARÁGRAFO PRIMERO: El Concesionario se obliga a desarrollar la gestión predial que sea necesaria para lograr la enajenación de los predios que resulten afectos a la ejecución, sea por la vía de la enajenación voluntaria o por la de la expropiación.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO: El Concesionario deberá adquirir las fajas de retiro que se requieran para el desarrollo de la obra, bajo el entendido que por corresponder la actividad a que dice relación el presente Otrosí a la segunda calzada del tramo 2, la zona de retiro será de quince metros (15 Mts) contados a partir del eje de la vía por cada costado, de conformidad con lo establecido en la Ley 1228 de 2008.*

*CLÁUSULA DÉCIMA. - GESTIÓN SOCIAL. El Concesionario, a partir de los Estudios y Diseños a nivel de detalle, revisados por la interventoría y la ANI, debe cumplir con los siguientes hitos:*

*a. Socialización del proyecto a las comunidades del área de influencia directa e indirecta.*

*b. En la adquisición de predios se debe evaluar si hay aplicación de factores de apoyo socio económico a los propietarios de acuerdo a la Resolución ANI No. 545 del 2008 e implementar el plan de compensaciones socio-económicos de conformidad a la citada Resolución*

*c. En temas relacionados con posibles invasiones del derecho de vía, será responsabilidad del concesionario minimizar la ocurrencia de tales eventos a través de las actividades de vigilancia y protección del corredor. En el caso eventual de que se requiera algún tipo de restitución de derecho, el concesionario deberá adelantar todas las acciones correspondientes a efectos de contar con el apoyo de las autoridades locales.”*

En virtud de lo anterior, este Tribunal se accederá a esta pretensión toda vez que lo que se solicita es la declaración de la reiteración de su contenido literal.

Respecto de la pretensión **CUADRAGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL**, donde se le solicita al presente Tribunal que declare que la Concesionaria San Rafael sigue incumpliendo el Contrato de Concesión al seguir usando los recursos de la “Subcuenta predios” para finalidades diferentes a las descritas en la cláusula treinta y cuatro (34) del contrato, este Tribunal considera que esta pretensión no está llamada a prosperar en virtud de lo decidido respecto de la pretensión **CUADRAGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL** sobre la cual se declarará la cosa juzgada.

En relación con la pretensión **CUADRAGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL**, donde se solicita declarar que la Concesionaria San Rafael deberá reembolsar los recursos de la Subcuenta predios que fueron indebidamente utilizados para finalidades diferentes a las descritas en el Contrato de Concesión, este Tribunal, y tomando como un precedente horizontal relevante el Laudo Arbitral del 12 de abril de 2021, así como el acervo probatorio del presente trámite declarará la prosperidad de esta pretensión de acuerdo con las siguientes consideraciones.

En el Hecho 204 de la demanda de reconvención reformada, la ANI sostiene que “El primero (1) de julio de 2020, la Interventoría remitió el Oficio CMAB-1-476-0556- 20, a través del cual solicitaba el cobro de intereses moratorios sobre los recursos que debían ser reintegrados a la subcuenta de predios. Lo anterior, de conformidad con lo estipulado en la cláusula sesenta y tres (63) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”

Frente a este Hecho, el demandado contestó que **ES CIERTO**, y que “El Concesionario se pronunció en forma categórica al respecto mediante comunicación GIC-BG-2020-0875 de fecha 30 de julio de 2020 en la cual expresó lo siguiente:

*“En atención a las comunicaciones del asunto, por medio del presente escrito, me permito manifestar nuestra oposición a las solicitudes que en ellas se hacen; en concreto, para esta Concesionaria no es de recibo lo expuesto y pedido por la Agencia e Interventoría en punto del cobro de los intereses moratorios tasados con base en la Cláusula 63 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que, como adelanté se verá, tal solicitud transgrede los Institutos Jurídicos*

*relativos a la Confianza Legítima, el Acto Propio y la Interpretación auténtica de los Contratos.*

**En primer lugar, debemos señalar que para la Concesionaria San Rafael S.A. es claro que las sumas de dinero que fueron utilizadas para la adquisición de algunos predios deben ser reintegradas a la Subcuenta Predial, pero con los rendimientos financieros que certifique la Fiduciaria Colpatría y no, como lo pretenden hacer ahora Agencia e Interventoría, con los intereses moratorios de que trata la Cláusula 63 del Contrato 007 de 2007.** (Negrilla y subrayado)

Lo anterior permite entender al presente Tribunal que no existe discrepancia sobre la obligación del Concesionario de reintegrar a la subcuenta de predios los recursos que fueron utilizados para distintas finalidades, pues él mismo lo ha admitido en reiteradas oportunidades. Situación distinta, que fue valorada en el Laudo anterior, tiene que ver con que para la época en que se desarrollaba dicho trámite, las partes no habían llegado a una conciliación de las cifras y los conceptos a reintegrar. De igual forma, si sobre las mismas les era aplicable intereses moratorios o rendimientos financieros, lo que suscitó mayor controversia.

Así lo deja expreso el demandado en reconvenición ante la respuesta al Hecho 205:

**“AL HECHO 205. Es cierto, como se indicaba en la respuesta al hecho anterior y así lo ha reconocido el Concesionario en diferentes oficios, que se encuentra en la obligación de reintegrar unas sumas de dinero a la Subcuenta Predial, reembolso que deberá realizarse con los respectivos rendimientos financieros, pero no con el reconocimiento de intereses de mora como ahora la ANI lo pretende en la Reforma a la Demanda de Reconvenición.(...) nuevamente se reitera que el Concesionario no ha desconocido los requerimientos de la ANI ni de la Interventoría en relación con el reintegro de las sumas de dinero sin embargo, lo que ha expresado enfáticamente el Concesionario y respecto de lo cual radica su oposición tal y como de forma clara lo expresó en la mencionada comunicación (GIC–BG-2020- 0875 de fecha 30 de julio de 2020) obedece al cobro de intereses moratorios respecto de (i) una obligación de la cual no se desprende el pago de intereses de mora conforme al Contrato de Concesión y (ii) respecto de la cual tampoco se predica un incumplimiento contractual, tal y como se explicará en detalle más adelante.”** (Se subraya).

Por otro lado, se tiene a Hecho No. 213 de la demanda de reconvenición reformada presentada por la ANI, que a 22 de junio de 2021 la Interventoría remitió la comunicación CMAB-1- 476-0641-21 a través de la cual actualizó los valores de los reintegros a realizar a la subcuenta predial. En ese oficio el Consorcio MAB señaló que, el monto ascendía a **OCHO MIL TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$8.030.899.626)** discriminados así:

VALOR A REINTEGRAR DE CAPITAL E INTERESES POR PAGOS NO AUTORIZADOS			
DESCRIPCIÓN	CAPITAL	INTERESES	CAPITAL MAS INTERESES
Solicitud de reintegro Pagos segunda Calzada.	\$ 1.522.109.098,82	\$ 2.487.508.854,27	\$ 4.009.617.953,09
Solicitud de reintegro Pagos 1%.	\$ 10.000.902,00	\$ 19.631.308,00	\$ 29.632.210,00
Solicitud de reintegro Pagos Puente Cajamarca.	\$ 767.280.849,16	\$ 2.117.918.627,19	\$ 2.885.199.476,35
Solicitud de reintegro Pagos No incluidos en Sabana Predial	\$ 87.782.791,40	\$ 259.896.657,45	\$ 347.679.448,85
Predios fuera de Alcance	\$ 65.907.942,30	\$ 692.862.595,76	\$ 758.770.538,06
<b>VALOR A REINTEGRAR POR PAGOS NO AUTORIZADOS</b>	<b>\$ 2.453.081.583,68</b>	<b>\$ 5.577.818.042,67</b>	<b>\$ 8.030.899.626,35</b>

La Interventoría solicitó el cobro de intereses moratorios sobre los recursos que debían ser reintegrados a la subcuenta de predios, de conformidad con lo estipulado en la cláusula sesenta y tres (63) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la cual dispone lo siguiente:

**“CLAUSULA 63 INTERESES DE MORA.** *Salvo estipulación especial en contrario en otras cláusulas de este Contrato, para todos los casos de mora en las obligaciones de pago entre INCO y el Concesionario, se aplicará la tasa del interés bancario corriente por la Superintendencia Financiera, más la mitad de dicha tasa, pero en ningún caso una tasa mayor a la permitida por la ley colombiana. Para este efecto, se utilizará la tasa certificada vigente para el Día siguiente al Día del vencimiento del plazo para el pago originalmente pactado. En cualquier caso en que este Contrato se prevea el reconocimiento de intereses remuneratorios y/o moratorios a cargo del INCO y a favor del Concesionario, se entenderá que tales intereses no podrán exceder las tasas máximas permitidas por la ley colombiana.*

*Salvo estipulación especial en contrario en otras cláusulas de este Contrato, el plazo de pago establecido para cualquier obligación dineraria que se genere entre las partes, como estipulado de lo establecido en este Contrato, será de veinte (20) Días. Vencido este plazo -diferente a éste- que aparezcan expresamente estipulado en otra cláusula del presente Contrato, se causaran intereses de mora establecidos en esta cláusula.”* (Negrilla fuera de texto).

Como puede evidenciarse del texto pactado, esta cláusula regula los intereses de mora respecto de las *obligaciones de pago* entre la ANI y el Concesionario. Dicho lo anterior, los distintos tipos de obligaciones se enmarcan en las de *dar, hacer y no hacer*.

En el artículo 1605 del Código Civil colombiano se define la obligación de *dar* como la que *“(..) contiene la de entregar la cosa, y si se trata de una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”*.

De igual forma, el art. 1608 del mismo Código regula la mora del deudor en estas obligaciones, así: *“El deudor está en mora: °o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. °o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla*

o ejecutarla. °o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”

Por otro lado, Tamayo define las obligaciones de *hacer*, como aquellas que imponen al deudor a la ejecución de un hecho positivo de una prestación cualquiera, diferente a la de una transferencia del dominio, y las de *no hacer*, como un hecho negativo al que debe abstenerse de incurrir el deudor.<sup>156</sup>

Por su parte respecto de la mora de estas obligaciones, el art. 1610 establece lo siguiente: “Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: ªa.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido. ªa.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. ªa.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.”

Dicho lo anterior, este Tribunal interpreta que las *obligaciones de pago*<sup>157</sup> a las que hace referencia la Clausula 63 del Contrato de Concesión son aquellas de *dar* en las que se entrega una cosa que implica la transferencia de su dominio como lo indica el art. 1605 del Código Civil, y que, a su vez, daría lugar a la generación de intereses moratorios conforme lo establece el art. 1617 del mismo Código así:

*“Artículo 1617. Indemnización por mora en obligaciones de dinero. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: ªa.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. El interés legal se fija en seis por ciento anual. ªa.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo. ªa.) Los intereses atrasados no producen interés. ªa.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.*

En este sentido, la obligación de reintegrar los recursos a la subcuenta predial por parte del Concesionario se constituye concretamente como una obligación de hacer respecto de su concedente -la ANI-, toda vez que los dineros no constituyen una deuda respecto a la misma que implique la transferencia de su dominio como lo es propio en

---

<sup>156</sup> TAMAYO, Lombana. Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del Acto Jurídico y Otras Fuentes. Editorial Derecho y Ley Ltda. Bogotá. 1979. P. 339

<sup>157</sup> No existen propiamente “obligaciones de pago” propiamente dichas, sino que el “pago” se constituye como el medio cardinal de extinguir las obligaciones. El Art. 1626 del Código Civil define *pago* de la siguiente manera: “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”. Por su parte el Art. 1627 define el *Pago ceñido a la obligación* así: “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”.

las obligaciones de dar. En consecuencia, no procedería el pago de los intereses moratorios a los que se refieren las partes en los acápite que se acaban de citar.

Dicho lo anterior, y en cuanto a la determinación de los valores a reintegrar, así como sus respectivos conceptos, en el presente trámite se tiene como prueba el Peritaje Técnico Contable Financiero aportado por la ANI, y presentado el 27 de mayo de 2022 por los contadores públicos Luis Abelardo Ramírez Malaver y Luis Humberto Ramírez Barrios de la empresa Consultores de Negocios S.A.S., al cual ya se ha hecho referencia.

Allí se concluye lo siguiente respecto de los valores a reintegrar:

**Tabla 1. Valor a reintegrar por pagos no autorizados subcuenta predios según Consultores de Negocios**

<b>VALOR A REINTEGRAR DE CAPITAL E INTERESES POR PAGOS NO AUTORIZADOS</b>			
<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>CAPITAL</b>	<b>INTERESES</b>	<b>CAPITAL MAS INTERESES</b>
Solicitud de reintegro Pagos segunda Calzada.	\$1.522.109.098,82	\$1.823.409.452,53	\$3.345.518.551,35
Solicitud de reintegro Pagos 1%.	\$10.000.902,00	\$15.032.037,72	\$25.032.939,72
Solicitud de reintegro Pagos Puente Cajamarca.	\$767.280.849,16	\$1.557.106.086,44	\$2.324.386.935,60
Solicitud de reintegro Pagos No incluidos en Sabana Predial	\$87.782.791,40	\$666.295.339,10	\$754.078.130,50
Predios fuera de Alcance	\$65.907.942,30	\$475.966.930,32	\$541.874.872,62
<b>VALOR A REINTEGRAR POR PAGOS NO AUTORIZADOS</b>	<b>\$2.453.081.583,68</b>	<b>\$4.537.809.846,11</b>	<b>\$6.990.891.429,79</b>

Fuente: Peritaje técnico contable financiero de Consultores de Negocios S.A.S.

Como puede evidenciarse, como valor total por capital se tienen \$ 2.453.081.583,68, a la que se condenará a CSR a restituir conforme se solicita en la pretensión décima principal de condena de la demanda de reconvención reformada.

Por otro lado, en el acervo probatorio también se tiene el Dictamen de Contradicción Técnico Contable Financiero presentado el 8 de julio de 2022 por la sociedad ESFINANZAS S.A., el cual fue elaborado “con la información suministrada por la Concesionaria San Rafael se presentan algunas diferencias en el valor del capital como se ve en la tabla siguiente”:

**Tabla 2. Valor a reintegrar según la Concesionaria San Rafael vs. Consultores de Negocios**

<b>ÍTEM</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>VALOR CMAB</b>	<b>VALOR CSR</b>
1	Solicitud de reintegro Pagos Segunda Calzada	\$ 1.522.109.098,82	\$ 1.478.822.882,60
2	Solicitud de reintegro Pagos 1%	\$ 10.000.902,00	\$ 10.000.902,00
3	Solicitud reintegro Pagos Puente Cajamarca	\$ 767.280.849,16	\$ 740.345.175,00
4	Solicitud de reintegro Pagos No incluidos en la Sabana Predial	\$ 87.782.791,40	\$ 72.921.941,40
5	Predios fuera Alcance	\$ 65.907.942,30	\$ 199.716.990,00
<b>TOTAL</b>		<b>\$ 2.453.081.583,68</b>	<b>\$ 2.501.807.891,00</b>

Fuente: Concesionaria San Rafael S.A.

Como puede corroborarse, el dictamen de contradicción presentado por el concesionario identifica una diferencia de capital por \$ 48.726.308 adicionales a la cifra determinada por el perito de la ANI. Al exponer en su dictamen un valor mayor de capital, el Concesionario no está directamente objetando el cálculo hecho por el perito de la demandante en reconvención sino por el contrario, corroborándolo en un valor mayor lo que permite entender al Tribunal que hay una aceptación sobre el mismo siendo el concesionario el demandado.

En virtud de lo anterior, este Tribunal optará por tomar el valor del capital sustentado en el peritaje de la ANI y pedido en la pretensión décima principal de condena de la demanda de reconvención reformada el cual asciende a \$ 2.453.081.583,69 como el monto correspondiente al capital que el concesionario San Rafael deberá restituir a la subcuenta predial.

En el entendimiento de que lo que se reclama en la pretensión décima primera principal de condena son intereses moratorios toda vez que la discrepancia entre las partes se refiere a dicho concepto como quedó visto, por las consideraciones expuestas en relación con la naturaleza de la obligación no se condenará al pago de tales intereses moratorios.

En este orden de ideas, el Tribunal declarará la prosperidad de la pretensión CUADRAGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL, en la cual solicita declarar que, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá reembolsar los recursos de la Subcuenta predios que fueron indebidamente utilizados para finalidades diferentes a las descritas en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

No obstante, no se declarará un incumplimiento contractual por este concepto, al estarse a lo resuelto tanto en la parte motiva como resolutive del Laudo del 12 de abril de 2021 frente a este punto. Como ya se expuso, el anterior Tribunal consideró que lo que existía entre las partes era una discrepancia en los valores a reembolsar en la subcuenta predial, producto de una falta de colaboración entre ellas, más no por un incumplimiento contractual. Ahora, en el presente caso que se resuelve, lo que se observa producto de lo manifestado en la demanda de reconvención y de su contestación, así como de los dictámenes periciales aportados como prueba, es que las partes han llegado a una conciliación de los valores a reintegrar, que inclusive, luego de la presentación de la demanda de reconvención no se tenía claridad al respecto.

El Tribunal pudo corroborar, que en el Oficio CMAB-1476-0189-22 de 22 de febrero de 2022, el cual fue aportado por la testigo Diana Gutiérrez de Piñeres Botero en la audiencia del 14 de junio de 2022, la interventoría dio cuenta de cómo el tema de los

recursos de la subcuenta predial estaba sujeto a un seguimiento continuo entre las partes, producto de lo decidido tanto en la parte motiva como resolutive, en el Laudo Arbitral del 12 de abril de 2021. Esto permite evidenciar que, las partes aún se encontraban en las mesas de trabajo para determinar los recursos a reintegrar en la subcuenta predial, la cual no había avanzado desde el mes de diciembre 2022, según lo sustentó el propio director de interventoría.

Finalmente, y por lo expuesto en el presente acápite, el Tribunal declarará la prosperidad de la pretensión DÉCIMA PRINCIPAL DE CONDENA, donde se solicita que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a reintegrar a la subcuenta predios el valor del capital correspondiente a DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$ 2.453.081.583,68).

Por el contrario, este Tribunal negará la pretensión DÉCIMO PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA donde se solicitó condenar a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el valor de los intereses generados por la utilización indebida de los recursos de la subcuenta predio, por las razones y argumentos expuestos.

Finalmente el Tribunal no declarará la prosperidad de la pretensión *CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL*, donde se solicitó declarar que, como consecuencia del incumplimiento contractual por indebido manejo de la subcuenta de predios, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá asumir el valor de los perjuicios causados al haber usado y seguir usando los recursos de esta cuenta para finalidades diferentes a las descritas en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, en la medida que no existe en la demanda, así como en el acervo probatorio la prueba y el debido sustento de los mismos.

### **EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN PRESENTADA POR LA ANI**

En virtud de las consideraciones expuestas en el presente apartado, el Tribunal considera lo siguiente frente a cada excepción:

Frente a la excepción denominada “3.6.1. LA AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONCESIONARIO RESPECTO DEL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS: LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA”, se declarará su prosperidad sólo respecto de las pretensiones TRIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL, *CUADRAGÉSIMO SEGUNDA (42)*, *CUADRAGÉSIMA TERCERA (43)*, *CUADRAGÉSIMA CUARTA (44)* de la demanda de reconvencción reformada.

Respecto de la excepción denominada “3.6.2. LA AUSENCIA DE MORA COMO CONSECUENCIA DE LA INEXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONCESIONARIO”, por las razones expuestas en este capítulo se declarará su prosperidad.

En relación con la excepción denominada “3.6.3. LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS”, por las razones expuestas en este capítulo se declarará su prosperidad.

### **PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON LA LEGALIDAD Y VALIDEZ DE LAS DISMINUCIONES APLICADAS A LA CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.**

En el capítulo 3.7 de la demanda en reconvención, la ANI eleva las pretensiones de la **CUADRAGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL** a la **SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL**, respecto de las cuales el Tribunal en este capítulo resolverá las siguientes así:

**“CUADRAGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL:** *Que se declare que, la Sección Veintiséis (26) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, es una disposición legal y válidamente pactada”.*

**“CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL:** *Que se declare que, las disminuciones que le han sido aplicadas a la Concesionaria San Rafael S.A. derivadas del incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento del proyecto son legal y contractualmente válidas”.*

**“QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL:** *Que se declare que, las disminuciones que le han sido aplicadas a la Concesionaria San Rafael S.A. derivadas del incumplimiento en la terminación de la segunda calzada de la Variante de Gualanday son legal y contractualmente válidas”.*

**“QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL:** *Que se declare que, las disminuciones que le han sido aplicadas a la Concesionaria San Rafael S.A. derivadas del incumplimiento en la terminación de la de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday son legal y contractualmente válidas”.*

Respecto de las anteriores cuatro pretensiones el Tribunal considera que no están llamadas a prosperar, en virtud de lo resuelto en el Capítulo II “Pretensiones relacionadas con la imposición de sanciones Contractuales” planteadas en la demanda de CSR, sobre la declaratoria de nulidad de la Cláusula 26.3 del Contrato de Concesión 007 de 2007.

En relación con las demás pretensiones, el Tribunal remite al capítulo temático correspondiente donde están resultas cada una de ellas:

**PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL,  
SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL,**

**PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL, SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL, PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL, SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL.**

**VI. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA MAYOR PERMANENCIA DE LA INTERVENTORÍA EN LA FASE DE CONSTRUCCIÓN (3.8 DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN)**

Lo pretendido por la ANI en la Demanda de Reconvencción y la oposición realizada por el Concesionario San Rafael

**Pretensiones declarativas**

*“QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare que, la Concesionaria San Rafael S.A., deberá asumir el costo de la mayor permanencia de la Interventoría en la fase de construcción, derivado del incumplimiento en la entrega de: i) la segunda calzada de la variante Gualanday en los términos contractuales fijados en el Otrosí No. Once (11) y en el Acta de Fuerza Mayor del seis (6) de diciembre de 2019; y ii) las obras de la ciclorruta Buenos Aires – Gualanday, de acuerdo con el Otrosí No. Catorce (14)”.*

*“NOVENA PRINCIPAL DE CONDENA. Que se condene a la Concesionaria San Rafael S.A. a pagar el valor de la mayor permanencia de la interventoría en obra, el cual se encuentra tasado en la suma de MIL SESENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$ 1.064.450.975)”.*

**1. Posición de la parte Convocante ANI**

Respecto de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 relacionadas con la mayor permanencia de la Interventoría en la fase de construcción, la Agencia Nacional de Infraestructura manifiesta en el hecho 67 de la demanda de reconvencción reformada que de conformidad con la Cláusula 1.6. del Contrato de Interventoría VGC-476-2018: *“Cuando por causas no imputables al Interventor, la ejecución del presente Contrato se prolongue más allá del plazo establecido, el CONTRATANTE reconocerá al Interventor un pago mensual o diario, según corresponda, haya sido o no originada por causas imputables al Concesionario, Las Partes, de común acuerdo determinarán el valor del reconocimiento que deba efectuar el CONTRATANTE al Interventor así como su forma de pago, teniendo como parámetro la tabla de precios del Contratista. En el evento que la mayor permanencia del Interventor se haya ocasionado por causas imputables al Concesionario, el CONTRATANTE podrá repetir contra el Concesionario el valor pagado al Interventor, sin perjuicio de las indemnizaciones y/o sanciones a que haya lugar, todo de conformidad con el Contrato de Concesión; y las diferencias que surjan en este sentido entre el CONTRATANTE y el Concesionario serán resueltas según se establece en el Contrato de Concesión”.*

## **2. Posición de la parte Convocada en Reconvención CSR**

El Concesionario se opone a las pretensiones formuladas por la ANI. Manifiesta que es cierto que la Cláusula 1.6. del Contrato de Interventoría VGC-476-2018, del que el Concesionario no es parte y que fue suscrito en el año 2018, se refiere a la prolongación del plazo establecido en dicho Contrato y sus consecuencias sobre la remuneración del Interventor. En todo caso, por tratarse de una cita, se atiende al contenido literal del documento.

Además, la Convocada en reconvención alega las siguientes excepciones:

*“3.7.1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LAS IMPUTACIONES DE INCUMPLIMIENTO RESPECTO DE LA MAYOR PERMANENCIA DE LA INTERVENTORÍA.*

*3.7.2. INEXISTENCIA DE UNA MAYOR PERMANENCIA DE LA INTERVENTORÍA ATRIBUIBLE AL CONCESIONARIO Y LA AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE SU PARTE.*

*3.7.3. EL CONCESIONARIO HA CUMPLIDO CON SUS OBLIGACIONES RESPECTO DE LOS APORTES A LA SUBCUENTA DE INTERVENTORÍA DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.*

*3.7.4. NO SE PUEDE IMPONER AL CONCESIONARIO UNA OBLIGACIÓN QUE SE DERIVA DE UN CONTRATO DEL QUE NO ES PARTE Y RESPECTO DEL CUAL NO HA CONSENTIDO O ADHERIDO.*

*3.7.5. ES INOPONIBLE AL CONCESIONARIO CUALQUIER ACUERDO AL QUE HAYAN LLEGADO LA INTERVENTORÍA Y LA ANI RESPECTO DE UNA PRETENDIDA MAYOR PERMANENCIA*

*3.7.6. EL HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA DETERMINANTE DEL PROPIO DAÑO”.*

Asimismo, sostuvo que, al no haber hecho parte de dicho Contrato, sus efectos no le son vinculantes.

## **3. Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ANDJE**

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitó al Tribunal: negar todas las pretensiones de la reforma de la demanda presentada por la Concesionaria San Rafael S.A., así como las excepciones propuestas en la contestación de la demanda en reconvención instaurada por la ANI.

## **4. Concepto del Ministerio Público**

No se pronunció al respecto en los alegatos de conclusión.

## 5. Consideraciones del Tribunal

De acuerdo con lo manifestado y sustentado por las partes en la demanda de reconvención, su contestación y traslado, este Tribunal considera que debe resolverse el siguiente problema jurídico: ¿es competente el presente Tribunal para resolver las controversias contractuales derivadas del Contrato de Interventoría VGC-476-2018 celebrado entre la ANI y el Consorcio MAB, derivadas de la presunta mayor permanencia en obra en la ejecución del Contrato de Concesión 007 de 2007?

De ser afirmativo lo anterior, debe el Concesionario San Rafael asumir el valor de esta mayor permanencia en la fase de construcción, derivado del incumplimiento en la entrega de: i) la segunda calzada de la variante Gualanday en los términos contractuales fijados en el Otrosí N.º Once (11) y en el Acta de Fuerza Mayor del seis (6) de diciembre de 2019; y ii) las obras de la ciclorruta Buenos Aires – Gualanday, de acuerdo con el Otrosí No. Catorce (14), no obstante, no haber hecho parte del Contrato de Interventoría VGC-476-2018 firmado entre la ANI y el Consorcio MAB?

El Tribunal considera necesario remitirse a la Cláusula 57 del Contrato de Concesión 007 de 2007 celebrado entre la ANI y la Concesionaria San Rafael la cual reguló la *SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS* derivadas del mismo. Posteriormente, esta Cláusula fue modificada por las partes mediante el Otrosí No. 8, otorgándole competencia al presente panel arbitral para resolver las controversias contractuales en virtud del principio de habilitación contenido en el Art. 116 constitucional.

CSR sostuvo respecto de su oposición a que el Tribunal conozca de estas diferencias lo siguiente:

“En este sentido, se puntualiza que el Tribunal de Arbitraje no puede conocer de esta controversia específica teniendo en cuenta que:

- Para dirimir esta controversia el Tribunal deberá analizar los pagos pactados y realizados por la ANI a la Interventoría para determinar si los mismos son trasladables al Concesionario o no.
- El Tribunal no puede conocer acuerdos realizados por la ANI y la Interventoría sobre el Contrato de Interventoría para determinar si el Concesionario se encuentra llamado a responder o no pues se insiste, son acuerdos que escapan al Contrato de Concesión y respecto de los cuales el Concesionario no ha participado ni adherido.

- Destáquese que la ANI solicita que se condene al Concesionario a pagar el valor contenido en las Actas de Mayor Permanencia suscritas con la Interventoría, sin más.
- El Tribunal no puede determinar, bajo la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Concesión, si los pagos pactados con la Interventoría por parte de la ANI son adecuados o no; si se ajustan al contenido contractual del Contrato de Interventoría; si son justos, razonables o no, para efectos de deriva una eventual responsabilidad en cabeza del Concesionario”.

El Tribunal ha analizado el contenido textual de la mencionada cláusula, incluida su modificación, y puede concluir que no se habilitado su competencia para conocer y resolver las controversias contractuales derivadas del Contrato de Interventoría VGC-476-2018 celebrado entre la ANI y el Consorcio MAB, ni siquiera como un contrato coligado al Contrato de Concesión 007 de 2007 celebrado entre la ANI y la Concesionaria San Rafael. En este sentido, y toda vez que no existe la habilitación competencial para estudiar el presente asunto, no se accederá a las pretensiones *QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL, NOVENA PRINCIPAL DE CONDENA, y PRIMERA SUBSIDIARIA A LA NOVENA PRINCIPAL DE CONDENA* de la demanda de reconvención reformada.

Revisado en conjunto la materia a la que se refiere la pretensión contenida bajo el número 3.8 de la reconvención, a la luz de los elementos probatorios aportados al expediente se encuentra que la referida pretensión atañe, en realidad, al cumplimiento de la cláusula 1.6. del Contrato celebrado entre la ANI y la Interventoría, que es un negocio jurídico distinto al Contrato de Concesión y del cual el Concesionario no es parte

Por otra parte, las sumas de dinero que reclama la ANI en este frente corresponden a acuerdos celebrados entre dicha entidad y la interventoría, en los que CSR no intervino ni participó. Por lo tanto, dichos acuerdos se hicieron en el marco de un contrato distinto al de Concesión del que se ocupa este laudo y en el que la convocante no es parte.

Por lo anterior, en este estado del proceso existen elementos probatorios para concluir que el Tribunal no tiene habilitación para ocuparse de disputas originadas en el contrato de interventoría, que es ajeno al de concesión y, por consiguiente, carece de competencia para conocer y decidir la pretensión quincuagésima segunda principal.

En consecuencia, de lo anterior el Tribunal sólo accederá a la excepción propuesta por el demandado en reconvención denominada *“3.7.1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LAS IMPUTACIONES DE INCUMPLIMIENTO RESPECTO DE LA MAYOR PERMANENCIA DE LA INTERVENTORÍA”*, y, por

consiguiente, en tanto prospera la excepción de falta de competencia, no hay lugar a estudiar las demás excepciones propuestas por CSR respecto de estas pretensiones.

#### D. LIQUIDACIÓN.

El Tribunal procede a efectuar la actualización de la suma de dinero que deberá pagar la ANI por concepto de la condena impuesta como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones contenidas en las Pretensiones Octava y Novena de la demanda reformada de CSR, relativas al restablecimiento de la ecuación económica del Contrato de Concesión afectada por los impactos en la disminución del tráfico y los ingresos por cuenta de la pandemia del Coronavirus COVID 19. El monto de la condena tal y como obra en el acápite respectivo, es \$10.183.291.810, suma que, actualizada hasta la fecha de este laudo, asciende a \$ 11.950.403.183, conforme a la siguiente liquidación:

	VALOR BASE		\$ 10.183.291.810	
Año	Mes	IPC MES	VR ACTUALIZACION	VR CAPITAL ACTUALIZADO
2021	Enero			
2021	Febrero			
2021	Marzo			
2021	Abril			
2021	Mayo			
2021	Junio			
2021	Julio			
2021	Agosto			
2021	Septiembre			
2021	Octubre	0,01		
2021	Noviembre	0,50	\$ 1.018.329	\$ 10.184.310.139
2021	Diciembre	0,73	\$ 50.921.551	\$ 10.235.231.690
2022	Enero	1,67	\$ 74.717.191	\$ 10.309.948.881
2022	Febrero	1,63	\$ 172.176.146	\$ 10.482.125.028
2022	Marzo	1,00	\$ 170.858.638	\$ 10.652.983.665
2022	Abril	1,25	\$ 106.529.837	\$ 10.759.513.502
2022	Mayo	0,84	\$ 134.493.919	\$ 10.894.007.421
2022	Junio	0,51	\$ 91.509.662	\$ 10.985.517.083
2022	Julio	0,81	\$ 56.026.137	\$ 11.041.543.220
2022	Agosto	1,02	\$ 89.436.500	\$ 11.130.979.720
2022	Septiembre	0,93	\$ 113.535.993	\$ 11.244.515.714
2022	Octubre	0,72	\$ 104.573.996	\$ 11.349.089.710
2022	Noviembre	0,77	\$ 81.713.446	\$ 11.430.803.156
2022	Diciembre	1,26	\$ 88.017.184	\$ 11.518.820.340
2023	Enero	1,78	\$ 145.137.136	\$ 11.663.957.476
2023	Febrero	1,66	\$ 207.618.443	\$ 11.871.575.919
2023	Marzo	AL 12 DE MARZO	\$ 78.827.264	<b>\$ 11.950.403.183</b>

## E. LAS OBJECIONES A LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS.

Procede el Tribunal a pronunciarse sobre las objeciones a los juramentos estimatorios.

Para tales fines tiene en cuenta lo siguiente:

1. La parte convocante en su escrito de demanda reformada formuló juramento estimatorio en el que indicó que la cuantía y valor de los perjuicios a reclamar ascendía a una suma no inferior a \$ 70.036.532.893,50, monto que discriminó en siete conceptos, los que cuantificó.

2.- La parte convocada ANI en la contestación de la reforma de la demanda, objetó el juramento estimatorio y adujo que dicha estimación carecía de *soporte* y que no era posible entender *“de dónde surgieron los valores, ni cuál fue el criterio y mucho menos las fórmulas y/o ejercicio financiero que desarrolló la demandante para arribar a tales cantidades en cada uno de los conceptos”*. Con base en lo anterior afirmó que CSR *“no cumplió con la carga procesal impuesta en el Artículo 206 del Código General del Proceso”*, atentando contra su derecho de defensa y contradicción.

3.- Dentro del término de traslado de la objeción al juramento, CSR, a la vista de lo anterior, aportó un Alcance al Dictamen Pericial Financiero, en el que precisó, unas cifras.

4.- Por su parte, la ANI en su demanda de reconvencción estimó bajo la gravedad del juramento que el valor de sus pretensiones asciende a la suma de \$ 43.036.719.409, suma que comprende seis conceptos, los que igualmente discriminó y cuantificó.

5.- En la contestación de la reforma de la demanda de reconvencción, CSR adujo que la estimación era inexacta por el hecho de que las pretensiones formuladas carecían de fundamento fáctico y jurídico y porque además *“existen inconsistencias en los valores reclamados y su cuantificación; (ii) la forma de cálculo utilizada para algunos de los rubros es completamente equivocada y alejada de la realidad; y (iii) tampoco se aporta siquiera prueba sumaria que dé cuenta de la metodología”*.

Para decidir esta materia, el Tribunal considera lo siguiente:

1.- El artículo 206 del Código General del Proceso señala:

*“Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su*

*monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. (...).*

*Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*(..)*

*Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*

*El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.*

*(...)*

*Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

*La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”*

De la norma citada se desprende la carga para quien formula el juramento que estime las cuantías de sus pretensiones en forma razonada, bajo juramento y con discriminación de cada uno de los conceptos por los que se reclama, imponiendo unas consecuencias sancionatorias de carácter económico a quien hizo el juramento, cuando la cantidad estimada excediere el 50% de la probada, siempre y cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

2. La Corte Constitucional, en relación con las consecuencias sancionatorias previstas en la norma invocada, ha precisado una serie de lineamientos que el juez ha de considerar para su imposición. En tal sentido ha señalado que las consecuencias sancionatorias no operan, ni pueden imponerse de manera indefectible y sin tener en consideración las especificidades de cada caso, en tanto estas tienen por objeto, sancionar conductas temerarias, descuidadas y reprochables de quien formule pretensiones indemnizatorias exageradas y desprovistas de los estudios, análisis y razonamientos. Lo anterior significa que no basta una simple constatación de la diferencia aritmética entre lo estimado y la condena que se imponga, sino que han de considerarse los anteriores aspectos.
3. Bajo los anteriores lineamientos pasa el Tribunal a analizar lo acontecido en el presente trámite. Al respecto observa que ambas partes formularon sus pretensiones de condena y la cuantificación del juramento estimatorio en la forma exigida en la referida norma, esto es discriminando cada una de las sumas

reclamadas tanto en la demanda como en la demanda de reconvención, asimismo soportaron las cuantías de las reclamaciones en experticias o documentos contractuales, cuestión que permite sostener que, no solamente cumplieron con la carga procesal impuesta, sino que las cuantificaciones realizadas no fueron infundadas, ni desbordadas ni tampoco se incurrió en temeridad o abuso al estimar los perjuicios que se reclamaron.

Asimismo, advierte que, en este arbitraje, prosperaron algunas de las pretensiones y condenas de la demanda de CSR y las súplicas de desequilibrio económico del contrato que no prosperaron no fue por falta de prueba de los perjuicios que reclamó la convocante, sino porque el Tribunal no encontró fundamento de orden sustancial legal y contractual para acceder a las mismas y, por consiguiente, a imponer condena por el monto estimado.

Lo mismo sucedió con la demanda de reconvención reformada presentada por la ANI. Algunas de las pretensiones prosperaron y otras a las que el Tribunal no accedió, tuvo como fundamento entre otras, la declaratoria de nulidad de una parte de la cláusula contractual (26.3), en la que se fijó el procedimiento para la imposición de las disminuciones, lo que implicó declarar la nulidad de las disminuciones-

En tal medida, y siendo claro que la decisión del Tribunal de no acceder a la imposición de algunas de las consecuencias indemnizatorias reclamadas, no devino de falta de trabajo probatorio o de un actuar negligente o temerario de las partes, sino por razón de consideraciones jurídicas en torno a la improcedencia sustantiva de las Pretensiones correspondientes, pues ambas partes actuaron de manera diligente y aportaron las pruebas necesarias para la decisión de las demandas, considera que no hay lugar a imponer sanción alguna con fundamento en la referida norma.

En definitiva, y por lo expuesto, el Tribunal no impondrá sanción alguna con fundamento en el artículo 206 del Código General del Proceso.

## **F. LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES Y LA CONDENA EN COSTAS**

Pasa el Tribunal en cumplimiento de lo previsto en el artículo 280 del C.G.P. a calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, “deducir indicios de ellas” Asimismo, se ocupa de la solicitud de condena en costas formulada por la parte Convocante en su demanda, en concreto, en la pretensión Trigésima Quinta de la demanda reformada.

El artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

*“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso... Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*
- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
- 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
- 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
- 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
- 6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
- 7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
- 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
- 9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción”.*

De acuerdo con la norma transcrita, el juez debe en la sentencia, pronunciarse sobre la condena en costas, imponiendo éstas a la parte que resulte vencida en el proceso y, en aquellos eventos en los que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, le permite abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial expresando los fundamentos de su decisión.

En atención de lo anterior, y en aras de adoptar una decisión, el Tribunal reitera que, encuentra, de una parte, que prosperaron algunas de las pretensiones formuladas por la parte Convocante en su demanda reformada y, de igual manera, prosperaron algunas de las pretensiones de la demanda de reconvención reformada y subsanada presentada por la ANI. La misma consideración puede hacerse respecto de las excepciones.

Asimismo considera importante en aras de fundamentar su decisión, tener en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en materia de costas, señala que es deber del juez contencioso administrativo efectuar una valoración del proceder de las partes y, en tal sentido sostiene, que no basta para imponer costas “*que la parte sea vencida*”, sino que, se debe advertir que la demanda carece por completo de

fundamento legal, porque se castiga el ejercicio infundado e irresponsable del derecho de acción, al promover un desgaste innecesario del aparato jurisdiccional<sup>158</sup>.

En el presente caso, el Tribunal encuentra, como ya lo indicó, que las demandas fueron fundadas y ambas partes actuaron durante este trámite de manera seria, responsable, correcta y, en general, su conducta procesal es acorde con los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico, en especial, el de buena fe y lealtad procesal, razones suficientes que llevan al Tribunal a abstenerse de condenar en costas.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal declarará que no prospera la pretensión Trigésima Quinta de la demanda reformada y así quedará consignado en la parte resolutive de este laudo arbitral.

---

<sup>158</sup> Cfr Sentencia del Consejo de Estado, SCA. Sección Tercera. Subsección B del 11 de octubre de 2021. Consejero Ponente: Fredy Ibarra Martínez. Radicación número: 11001-03-26-000-2019-00011-00(63217)

**TERCERA PARTE. - DECISIÓN.**

El Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las diferencias contractuales surgidas entre **CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.** parte Convocante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI** parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la Ley y habilitación de las partes.

**RESUELVE:**

**A. CUESTIONES PREVIAS.**

**PRIMERO.** - Declarar que NO PROSPERA, por las razones expuestas en la parte considerativa, la excepción planteada por la parte Convocada como Falta de Competencia del Tribunal por no haberse agotado el trámite de amigable composición pactado en la cláusula 57 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

**SEGUNDO.** -Declarar que NO PROSPERA, por las razones expuestas en la parte considerativa, la excepción planteada por la parte Convocada como Falta de Competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones relacionadas con las disminuciones contractuales.

**B. PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA DE CSR**

**(I) RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL ROMPIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO Y SUS CORRELATIVAS DE CONDENA.**

PRIMERA: Declarar que, entre la ANI y la Concesionaria San Rafael S.A., se celebró el Contrato de Concesión No. 007 de 13 de agosto de 2007, el cual tiene por objeto realizar “por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial “GIRARDOT -IBAGUÉ -CAJAMARCA”. En consecuencia, PROSPERA la pretensión PRIMERA de la demanda reformada de CSR.

SEGUNDA. - Declarar que el referido Contrato de Concesión es un contrato estatal en los términos de la Ley 80 de 1993 y las normas que la han modificado y

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y LA AGENCIA NACIONAL DE  
INFRAESTRUCTURA - ANI  
130853**

---

complementado. En consecuencia, PROSPERA la pretensión SEGUNDA de la demanda reformada de CSR.

TERCERA. - Declarar que el Concesionario tiene 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 de Concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 numeral 1 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, PROSPERA la pretensión TERCERA, de la demanda reformada de CSR.

CUARTA. - Declarar que, con ocasión de la suscripción del Otrosí num. 15 al Contrato de Concesión el 5 de abril de 2021, la ANI y el Concesionario reconocieron y aceptaron que la emergencia sanitaria ocasionada como consecuencia de la pandemia del Coronavirus COVID 19, constituye un hecho imprevisible y exógeno a la actividad de las partes contratantes que ha alterado la ecuación contractual por cuenta de la disminución de tráfico sufrida por el proyecto concesionado. En consecuencia, PROSPERA la pretensión CUARTA de la demanda reformada de CSR.

QUINTA. - Declarar que la disminución de tráfico sufrida por el proyecto concesionado por cuenta de la pandemia del Coronavirus COVID 19 continuó después del 31 de agosto de 2020, lo cual generó una alteración de la ecuación económica del Contrato de Concesión. En consecuencia, y por las razones expuestas en la parte motiva, PROSPERA la pretensión QUINTA de la demanda reformada de CSR.

SEXTA. - Declarar que mediante comunicaciones GIC-BG-2020-0507 del 14 de abril de 2020, GIC-BG-2020-0557 del 4 de mayo de 2020 y otras que se relacionan en los hechos de la demanda, el Concesionario, en los términos del numeral 1, inciso 2, del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, efectuó solicitud a la ANI para que procediera de inmediato a restablecer la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada por la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19. En consecuencia, PROSPERA la pretensión SEXTA de la demanda reformada de CSR con el alcance que fue precisado en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMA. - Declarar que, en los términos de la Ley 80 de 1993 y las normas que la han modificado y complementado, el Concesionario no está obligado a soportar los efectos en la disminución del tráfico en el proyecto concesionado que se han presentado a partir del 1 de septiembre de 2020 como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19. En consecuencia, y por las razones expuestas en la parte considerativa, PROSPERA la pretensión SÉPTIMA de la demanda reformada de CSR.

OCTAVA. - Declarar que la ANI tiene la obligación de restablecer al Concesionario la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada como consecuencia de la disminución del tráfico en el proyecto concesionado a partir del 1 de septiembre de 2020 ocurrida por la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19. En consecuencia, y por las razones expuestas en la parte considerativa, PROSPERA la pretensión OCTAVA de la demanda reformada de CSR.

NOVENA. - Declarar que la ANI no ha restablecido al Concesionario la ecuación económica del Contrato de Concesión alterada a partir del 1° de septiembre de 2020 por la disminución del tráfico como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Coronavirus COVID 19. En consecuencia, y por las razones expuestas en la parte considerativa, PROSPERA la pretensión NOVENA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa la pretensión DÉCIMA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMA PRIMERA. - Declarar que, mediante comunicaciones GIC-BG-2020-0507 del 14 de abril de 2020 y GIC-BG-2021-1042 del 28 de junio de 2021, el Concesionario, en los términos del numeral 1, inciso 2, del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, efectuó solicitud a la ANI para que procediera de inmediato a restablecer la ecuación económica del Contrato de Concesión ocasionada por circunstancias extraordinarias, irresistibles, imprevistas e imprevisibles, no atribuibles al Concesionario (diferentes a aquellas relacionados con la pandemia del Coronavirus COVID 19), descritas en los hechos de la demanda. En consecuencia, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo y con el alcance que fue precisado, PROSPERA la pretensión DÉCIMA PRIMERA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMA SEGUNDA. - NEGAR por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión DÉCIMA SEGUNDA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMA TERCERA. - NEGAR por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión DÉCIMA TERCERA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMA CUARTA. - NEGAR por las razones consignadas en la parte considerativa, pretensión DÉCIMA CUARTA de la demanda reformada de CSR.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y LA AGENCIA NACIONAL DE  
INFRAESTRUCTURA - ANI  
130853**

---

DÉCIMA QUINTA. - NEGAR por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión DÉCIMA QUINTA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMA SEXTA. - Declarar, por las razones consignadas en la parte considerativa, que prospera parcialmente la pretensión DÉCIMA SEXTA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMA SÉPTIMA. Declarar, por las razones consignadas en la parte considerativa, que prospera parcialmente la pretensión DÉCIMA SÉPTIMA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMA OCTAVA. – Como consecuencia de las declaraciones contenidas en las Pretensiones Octava y Novena, condenar a la ANI a pagar a CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. la suma de \$ 11.950.403.183 que incluye la actualización solicitada en la pretensión segunda subsidiaria a la vigésima por concepto del restablecimiento de la ecuación económica del Contrato de Concesión afectada por los impactos en la disminución del tráfico y los ingresos por cuenta de la pandemia del Coronavirus COVID 19, conforme a la liquidación que obra en la parte motiva.

En consecuencia, PROSPERAN la pretensión DÉCIMA OCTAVA y la pretensión SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMA NOVENA. - NEGAR por las razones consignadas la parte considerativa, la pretensión DÉCIMA NOVENA de la demanda reformada de CSR, en tanto se pide la condena correspondiente a las declaraciones solicitadas en las pretensiones décima tercera y décima cuarta que fueron denegadas.

VIGÉSIMO. - NEGAR por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA NOVENA de la demanda reformada de CSR.

VIGÉSIMO PRIMERO. - NEGAR por las razones consignadas en la parte considerativa, la Pretensión VIGÉSIMA y la pretensión SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA de la demanda reformada de CSR.

VIGÉSIMO SEGUNDO. - Por las razones expuestas en la parte motiva y con el alcance que se precisa, reconocer fundamento a la excepción propuesta por la ANI bajo el título “De la inexistencia de desequilibrio económico del Contrato de Concesión 007 de 2007”.

VIGÉSIMO TERCERO. - Por las razones expuestas en la parte motiva declarar que carecen de fundamento las excepciones propuestas por la ANI bajo los títulos i) “La Concesionaria San Rafael pretende desconocer los riesgos asumidos con la suscripción del Contrato de Concesión No. 007 de 2007”; ii) “La forma de remuneración pactada en el contrato de concesión impide el reconocimiento de las pretensiones incoadas por la Concesionaria San Rafael” y iii) “Venire contra factum non valet: la Concesionaria San Rafael pretende desconocer la buena fe contractual con la suscripción del Otrosí No. diez (10) y reafirmada en el Otrosí No. quince (15)”. Iv) “Inexistencia de hechos imprevistos e imprevisibles que afecten la ejecución y la ecuación financiera y económica del Contrato de Concesión No. 007 de 2007; los eventos descritos por la convocante como desequilibrantes no pueden entenderse como hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor”.

## **(II) RESPECTO LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA IMPOSICION DE SANCIONES CONTRACTUALES Y SUS CORRELATIVAS DE CONDENA**

PRIMERA. - Declara que las disminuciones de la remuneración del Concesionario previstas en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión en los casos de mora en el cumplimiento o por incumplimiento de las obligaciones allí previstas, son sanciones contractuales pecuniarias de apremio y les resulta aplicable el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, PROSPERA PARCIALMENTE, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la pretensión VIGÉSIMA PRIMERA de la demanda reformada de CSR.

SEGUNDA. - NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa, la PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA de la demanda reformada de CSR

TERCERA. – Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar la nulidad del apartes indicado en esta providencia, del numeral 26.3 del Contrato de Concesión, relativo al procedimiento de contradicción, por contrariar el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, PROSPERA PARCIALMENTE, la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SEGUNDA de la demanda reformada de CSR.

CUARTA. – NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa, las pretensiones SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SEGUNDA Y TERCERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SEGUNDA, de la demanda reformada de CSR.

QUINTO. – NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión VIGÉSIMA PRIMERA (sic) de la demanda reformada de CSR, encaminada a declarar

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y LA AGENCIA NACIONAL DE  
INFRAESTRUCTURA - ANI  
130853**

---

la nulidad de los actos administrativos sancionatorios relativos al supuesto incumplimiento frente al Hito 17, relativo a la ejecución de la segunda calzada, expedidos con fundamento en el numeral 26.1.12 de la cláusula 26 del Contrato de Concesión.

SEXTO. - NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa, la prosperidad de la pretensión VIGÉSIMA SEGUNDA (sic) de la demanda reformada de CSR, encaminada a declarar la nulidad de los actos administrativos sancionatorios relativos al supuesto incumplimiento frente a la ejecución de la cicloruta Buenos Aires-Gualanday, expedidos con fundamento en el numeral 26.1.11 de la cláusula 26 del Contrato de Concesión

SÉPTIMO. - NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa, la prosperidad de la pretensión VIGESIMA TERCERA de la demanda reformada de CSR, encaminada a declarar la nulidad de los actos administrativos sancionatorios relativos al supuesto incumplimiento por el índice de Estado y Deflectometría el pavimento, expedidos con fundamento en el numeral 26.1.10 de la cláusula 26 del Contrato de Concesión.

OCTAVO. Declarar la nulidad de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.12) frente al Hito No. 17 relativo a la ejecución de la Segunda Calzada, por no haber dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, PROSPERA PARCIALMENTE, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión VIGÉSIMA CUARTA de la demanda reformada de CSR.

NOVENO. - Declarar la nulidad de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.11) frente a la ejecución de la Ciclorruta Buenos Aires - Gualanday, por no haber dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, PROSPERA PARCIALMENTE, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión VIGÉSIMA QUINTA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMO. - Declarar que, por las razones expuestas en la parte considerativa, el Concesionario no adeuda suma alguna por concepto de saldo pendiente por disminuir respecto de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.11) frente a la ejecución de la Ciclorruta Buenos Aires - Gualanday. En consecuencia, PROSPERA, la pretensión VIGÉSIMA SEXTA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMO PRIMERO. - Declarar la nulidad de la sanción impuesta por la ANI al Concesionario con fundamento en la Cláusula 26 (numeral 26.1.10) respecto del Índice de Estado de la Vía y Deflectometría del Pavimento, por no haber dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, PROSPERA PARCIALMENTE, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión VIGÉSIMA SÉPTIMA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMO SEGUNDA. - NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión VIGÉSIMA OCTAVA de la demanda reformada de CSR.

PRETENSIONES DE CONDENA:

DÉCIMO TERCERO. Por las razones expuestas en la parte considerativa y como efecto de las declaraciones que anteceden, condenar a la ANI a restituir al Concesionario la suma de \$7.906.349.205 con fecha de corte a 31 de octubre de 2021, descontada a título de sanción contractual frente al Hito num. 17 relativo a la ejecución de la Segunda Calzada. En consecuencia, PROSPERA la pretensión VIGÉSIMA NOVENA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMO CUARTO. - Por las razones expuestas en la parte considerativa y como efecto de las declaraciones que anteceden, condenar a la ANI a restituir al Concesionario suma de \$1.459.378.430 con fecha de corte a 31 de agosto de 2021, descontada a título de sanción contractual frente a la Ciclorruta Buenos Aires - Gualanday. En consecuencia, PROSPERA la pretensión TRIGÉSIMA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMO QUINTO. - Por las razones expuestas en la parte considerativa y como efecto de las declaraciones que anteceden, condenar a la ANI a restituir al Concesionario la suma de \$ 19.298.395.044,50 con fecha de corte a 31 de octubre de 2021, descontada a título de sanción contractual respecto del Índice de Estado de la Vía y Deflectometría del Pavimento. En consecuencia, PROSPERA la pretensión TRIGÉSIMA PRIMERA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMA SEXTO. - NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa la pretensión TRIGÉSIMA SEGUNDA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMO SÉPTIMO. - NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa la pretensión TRIGÉSIMA TERCERA de la demanda reformada de CSR.

DÉCIMO OCTAVO. - NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA TERCERA de la demanda reformada de CSR

DÉCIMO NOVENO. - Como consecuencia de la prosperidad parcial de las Pretensiones vigésima novena, trigésima y trigésima primera condenar a la ANI al pago de las sumas de dinero allí indicadas, debidamente actualizadas, hasta la fecha de su pago efectivo. En consecuencia, PROSPERA, la pretensión SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA TERCERA de la demanda reformada de CSR

VIGÉSIMO. -.. NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión TRIGESIMA CUARTA de la demanda reformada de CSR.

VIGÉSIMO PRIMERO. - Por las razones expuestas en la parte motiva y con el alcance que se precisa, reconocer fundamento parcial a la excepción bajo el título “Inexistencia de las causales para declarar la nulidad de la cláusula veintiséis (26) del Contrato de Concesión

VIGÉSIMO SEGUNDO. - Por las razones expuestas en la parte motiva declarar que carecen de fundamento las excepciones propuestas por la ANI bajo los títulos i) “La Concesionaria ha incumplido a tal punto sus obligaciones que no existe justificación que motive o genere la responsabilidad de la ANI”; ii) “De la interpretación autentica del Contrato de Concesión y de la teoría de los actos propios: Concesionaria san Rafael pretende desconocer que durante siete (7) años ha reconocido la vinculatoriedad de las disminuciones en la retribución”.

### **C. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE ANI.**

#### **(I) PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES:**

PRIMERA. - Declarar que el trece (13) de agosto de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones-INCO-hoy Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y la Concesionaria San Rafael S.A. celebraron válidamente el Contrato de Concesión No. 007 de 2007. En consecuencia, PROSPERA la pretensión PRIMERA PRINCIPAL de la demanda de reconvencción reformada de la ANI, en los términos señalados al resolver la pretensión primera de las pretensiones de la demanda reformada del Concesionario San Rafael.

SEGUNDA: Declarar que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y sus otrosíes se

encuentran vigentes y su contenido es vinculante para las Partes. En consecuencia, PROSPERA la pretensión SEGUNDA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

TERCERA: Declarar que la Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, con el alcance y en los términos precisados en la parte considerativa. En consecuencia, PROSPERA la pretensión TERCERA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

**(II) PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL RIESGO DE EVASIÓN TARIFARIA Y SUS CORRELATIVAS DE CONDENA.**

PRIMERA. - Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en las secciones 10.28 y 10.31. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael S.A. tenía la obligación de desarrollar todas las actividades y medidas de control tendientes a impedir la evasión y elusión del pago de peajes. En consecuencia, PROSPERA la pretensión CUARTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEGUNDA. - Declarar que, de conformidad con las secciones 1.59., 1.71., 1.73., 12.1. y 12.7. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael S.A. debía asumir por su cuenta y riesgo los efectos, favorables y desfavorables, derivados del impago del peaje y su evasión. En consecuencia, PROSPERA la pretensión QUINTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

TERCERA. - NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la pretensión SEXTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención de la ANI.

CUARTA. - NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención de la ANI.

QUINTA. NEGAR por las razones consignadas en la parte considerativa de esta providencia, la pretensión SÉPTIMA PRINCIPAL, de la reforma de la demanda de reconvención de la ANI.

SEXTA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa de esta providencia la pretensión OCTAVA PRINCIPAL, de la reforma de la demanda de reconvención de la ANI.

SÉPTIMA. – Consecuencialmente a lo resuelto frente a las anteriores pretensiones, NEGAR la pretensión NOVENA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

**Pretensiones de condena:**

OCTAVA.- NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

NOVENA. -NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMA. - Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que carece de fundamento, la excepción propuesta bajo el título de “La existencia de Cosa Juzgada”.

Las demás excepciones tituladas: i) La ausencia de incumplimiento del concesionario frente a la elusión del peaje de Chicoral; ii) La inexistencia de un evento de evasión y la inexistencia de una obligación a cargo de concesionario de asumir el riesgo bajo los numerales 1.59, 1.71., 1.73., 12.1 y 12.7 del contrato de concesión; iii) La inexistencia de una obligación de reintegrar a la ANI las sumas dejadas de cobrar por el proyecto derivadas de una situación de elusión o de evasión; iv) No está probado el valor de los peajes dejados de pagar por los supuestos de hecho de que trata la reforma a la demanda de reconvención; en todo caso, el concesionario está asumiendo los efectos desfavorables de los vehículos que no pasan por las estaciones de peaje y pagar a la ANI el menor valor recaudado es un doble castigo; v) Ausencia de perjuicios para la ANI y vi) “El concesionario ha cumplido el contrato de concesión tomando las acciones pertinentes y conducentes para controlar la elusión”, no las consideró, en virtud de no haber encontrado prosperas las pretensiones declarativas sobre incumplimiento así tampoco las consecuenciales de condena.

**(III) PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE LA CONCESIONARIA SAN RAFAEL PRETENSIONES FORMULADAS BAJO LOS ACÁPITES 3.2.1; 3.3. Y 3.4**

**3.1 Pretensiones Principales declarativas relacionadas con el incumplimiento en el mantenimiento de los indicadores del proyecto y sus correlativas de condena**

PRIMERA. - Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo IIII del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael está obligada a mantener durante las Etapas de Pre-construcción y de Construcción y Rehabilitación, un Índice de Estado mínimo de 4.5 a lo largo de todo el trazado del Proyecto. En consecuencia, PROSPERA la pretensión DÉCIMA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEGUNDA. - Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo IIII del Apéndice B del Contrato de Concesión No.007 de 2007, la Concesionaria San Rafael está obligada a mantener durante las Etapas de Operación y Mantenimiento, un Índice de Estado mínimo de 4.5 a lo largo de todo el trazado del Proyecto. En consecuencia, PROSPERA la pretensión DÉCIMO PRIMERA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

TERCERA. - Declarar que, la Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al no haber mantenido un índice de deflectometría superior a 4.5. en los Tramos 2, 6 y 7 del Proyecto. En consecuencia, PROSPERA la pretensión DÉCIMO SEGUNDA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

CUARTA. Declarar que, como consecuencia del incumplimiento en la acreditación del índice mínimo de Estado en todos los tramos del Proyecto, las actuaciones desarrolladas por la Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.10. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007. En consecuencia, PROSPERA la pretensión DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

QUINTA. -Declarar que, como consecuencia del incumplimiento en la acreditación del índice mínimo de deflectometría en los Tramos 2, 6 y 7 del Proyecto, las actuaciones desarrolladas por la Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.10. del Contrato de Concesión No. 007 de 2007. En consecuencia,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y LA AGENCIA NACIONAL DE  
INFRAESTRUCTURA - ANI  
130853**

---

PROSPERA la pretensión DÉCIMO CUARTA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEXTA. - NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la pretensión DÉCIMO QUINTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

**Pretensiones de condena.**

NOVENA. - NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión TERCERA PRINCIPAL DE CONDENACION de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMA. - NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión CUARTA PRINCIPAL DE CONDENACION, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMA PRIMERA. NEGAR, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL DE CONDENACION de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMA SEGUNDA. - NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa. de la pretensión DÉCIMO SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENACION, de la demanda de reconvención reformada de la ANI, encaminada a que se condene a concesionaria San Rafael S.A, a asumir el valor de la disminución en la remuneración por el incumplimiento en la acreditación de los indicadores de mantenimiento del proyecto, aplicada a partir del 29 de junio de 2014 derivado del incumplimiento del contrato, en relación con los indicadores de mantenimiento del proyecto.

DÉCIMA TERCERA. -Por las razones expuestas en la parte motiva y con el alcance que se precisa, reconocer fundamento a las excepciones propuestas por la Concesionaria San Rafael, bajo los siguientes títulos: i) Parcialmente, como está decidido, la Excepción propuesta bajo el numeral 3.2.1. relativa a la Nulidad de la cláusula 26 del contrato de concesión por violación al debido proceso y desconocer el trámite administrativo para la imposición de sanciones contractuales; ii) la “3.2.1 (sic) la violación al deber de conducta de mitigación del daño derivado del principio de la buena fe”; iii) numeral 3.2.2 “Imposibilidad de aplicar sanciones contractuales conminatorias en forma retroactiva y de solicitar al juez del contrato su aplicación”; iv) “3.3.1. Imposibilidad de imponer una sanción contractual respecto de obligaciones que

ya fueron cumplidas”; v) “3.3.2. El cumplimiento de la obligación de inversión en relación con el mantenimiento rutinario: el concesionario realizó las inversiones que la ANI estima como incumplidas”.

Los demás medios exceptivos identificados con los ordinales 3.2.3; 3.2.4 y 3.2.5., el Tribunal no los consideró en virtud de la improsperidad de las pretensiones declarativas de perjuicios y sus correspondientes condenas.

### **3.2 Pretensiones relacionadas con la no terminación de la segunda calzada de la variante Gualanday.**

PRIMERA. - Declarar que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda (2) del Otrosí No. Siete (7), Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a realizar los diseños y construcción de la conectante en la intersección Chicoral hacia Gualanday, la cual debe permitir el acceso de los vehículos al Tramo Cuatro (4) en sentido Bogotá – Ibagué y el diseño e implementación de la señalización vertical y horizontal entre la intersección de Chicoral a la intersección las Avispas. En consecuencia, PROSPERA la pretensión DÉCIMO SEXTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEGUNDA. - Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en el Otrosí No. Diez (10), Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a ejecutar los estudios y diseños a nivel fase III para construcción de las obras correspondientes a la segunda calzada del Tramo Dos (2) en el sector Gualanday, entre la intersección Chicoral y la intersección Gualanday del proyecto concesionado. En consecuencia, PROSPERA la pretensión DÉCIMO SÉPTIMA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

TERCERA. - Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula tercera (3) del Otrosí No. Diez (10), Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a entregar el Hito No. Diecisiete (17) en los tiempos y condiciones allí pactados, con una ejecución de cien por ciento (100%), sin margen de tolerancia. En consecuencia, PROSPERA la pretensión DÉCIMO OCTAVA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

CUARTA. - Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en el Acta de Declaratoria de Fuerza Mayor del seis (6) de diciembre de 2019, Concesionaria San Rafael S.A. está obligada a entregar el Hito No. Diecisiete (17) el 8 de enero de 2020. En consecuencia, PROSPERA la pretensión DÉCIMO NOVENA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

QUINTA. - Declarar que Concesionaria San Rafael S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que no entregó el Hito No. Diecisiete (17) el 8 de enero de 2020, de acuerdo con lo pactado en el Otrosí No. 10. En consecuencia, PROSPERA la pretensión VIGÉSIMA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEXTA. – NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa la pretensión VIGÉSIMO PRIMERA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SÉPTIMA. Declarar que como consecuencia del incumplimiento en la entrega del Hito No. Diecisiete (17), las actuaciones desarrolladas por Concesionaria San Rafael S.A. se enmarcan en lo estipulado en la Sección 26.1.12 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007. En consecuencia, PROSPERA la pretensión VIGÉSIMO SEGUNDA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

OCTAVA. - NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión VIGÉSIMO TERCERA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

**Pretensiones de condena:**

NOVENA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión QUINTA PRINCIPAL DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa la pretensión SEXTA PRINCIPAL DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMA PRIMERA. - NEGAR por las razones consignadas en la parte considerativa la pretensión DÉCIMA SEGUNDA DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMA SEGUNDA: Por las razones expuestas en la parte motiva, reconocer fundamento a las excepciones propuestas por la Concesionaria San Rafael bajo el título de: i) “3.2.6. Ausencia de prueba del perjuicio y la imposibilidad de tasarlo con base en los montos objeto de disminución a la remuneración en contra del

Concesionario” y ii) “3.4. La imputación de incumplimiento frente a la terminación de la segunda calzada de la Variante Gualanday y la no terminación de la ciclorruta a construirse entre Buenos Aires y Gualanday: desconoce el principio de proporcionalidad”.

**3.3 Pretensiones relacionadas con el incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday y con la reclamación de perjuicios por dicho incumplimiento.**

PRIMERA. - Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda (2) del Otrosí No. Catorce (14) Concesionaria San Rafael está obligada a realizar los Estudios y Diseños a nivel fase III y la construcción de la ciclorruta ubicada desde la intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta el parque de Gualanday (PR13+500 Ruta 4004) con una longitud aproximada de siete punto cinco (7.5) kilómetros. En consecuencia, prospera la pretensión VIGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEGUNDA. - Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula tercera (3) del Otrosí No. Catorce (14) Concesionaria San Rafael se obligó a entregar la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday con fecha inicial del diez (10) de noviembre de 2019. En consecuencia, prospera la pretensión VIGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

TERCERA. - Declarar que, la Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que no entregó la ciclorruta ubicada entre la intersección Buenos Aires y el parque de Gualanday, en los términos contractuales pactados, conforme fue expuesto en la parte motiva. En consecuencia, PROSPERA PARCIALMENTE, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión VIGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

CUARTA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión VIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

QUINTA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión VIGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEXTA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión VIGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

**Pretensiones de Condena**

SÉPTIMA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión SÉPTIMA PRINCIPAL DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

OCTAVA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

**(IV). PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DEL PUENTE DE CAJAMARCA Y SUS CORRELATIVAS DE CONDENA.**

PRIMERA. - Declarar que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 10.18 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y en el Contrato Adicional No. Dos (2) del veintinueve (29) de diciembre de 2009, Concesionaria San Rafael está obligada a ejecutar las obras de construcción y rehabilitación de tal forma que se garantice el tránsito seguro en el Puente de Cajamarca. En consecuencia, prospera la pretensión TRIGÉSIMA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEGUNDO. - Declarar que Concesionaria San Rafael está obligada a acatar lo estipulado en el Código de Diseño Sísmico de Puentes 1995, para la ejecución de obras en el Puente de Cajamarca. En consecuencia, prospera la pretensión TRIGÉSIMO PRIMERA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

TERCERO. - Declarar que Concesionaria San Rafael está obligada a acatar lo estipulado en el Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del INVÍAS, en lo relacionado con las desviaciones máximas admisibles, el desplazamiento, la regularidad de la superficie y otras tolerancias para el Puente de Cajamarca. En consecuencia, PROSPERA la pretensión TRIGÉSIMO SEGUNDA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y LA AGENCIA NACIONAL DE  
INFRAESTRUCTURA - ANI  
130853**

---

CUARTO. - NEGAR, por las razones expuestas en esta providencia, la pretensión TRIGÉSIMO TERCERA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

QUINTO. - Declarar que Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que el Puente de Cajamarca no cumple con las especificaciones de geometría para su operación. En consecuencia, PROSPERA la pretensión TRIGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEXTO. - Declarar que Concesionaria San Rafael incumplió el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, toda vez que el Puente de Cajamarca no cumple con las Especificaciones de Construcción, ni con una rasante que cumpla con el diseño geométrico. En consecuencia, PROSPERA la pretensión TRIGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SÉPTIMO. - NEGAR por las razones expuestas en esta providencia la pretensión TRIGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

**Pretensiones de condena.**

OCTAVO. - NEGAR por las razones expuestas en esta providencia, la pretensión OCTAVA PRINCIPAL DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

NOVENO. -NEGAR, por las razones expuestas en esta providencia, la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRINCIPAL DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMO. - Reconocer fundamento a las excepciones denominadas “EL PUENTE CAJAMARCA NO AMENAZA RUINA Y GARANTIZA LA SEGURIDAD VIAL DE LOS USUARIOS” Y “AUSENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO”, propuestas por CSR.

DECIMO PRIMERO. - Por las consideraciones expuestas, desestimar la excepción de CSR denominada “EL PUENTE DE CAJAMARCA CUMPLE CON LA TOTALIDAD DE ESPECIFICACIONES TÉCNICAS APLICABLES”.

**(V) PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN EL MANEJO DE LA SUBCUENTA PREDIAL Y CON LA RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS POR DICHO INCUMPLIMIENTO.**

PRIMERA. – Declarar que respecto de la pretensión TRIGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI, operó la COSA JUZGADA por las razones consignadas en la parte considerativa del presente Laudo.

SEGUNDA. - Declarar que, que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 35.11. del Contrato de Concesión, Concesionaria San Rafael deberá invertir el uno (1%) por ciento del costo total de las obras para recuperación, preservación y manejo de cuencas hidrográficas, el cual está incluido en el monto estimado de inversión para la Gestión Ambiental, los cuales se encontrarán en la Subcuenta Ambiental. En consecuencia, prospera la pretensión TRIGÉSIMO OCTAVA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

TERCERA. - Declarar que las actividades de adquisición predial son diferentes a las ambientales, y, por lo tanto, el manejo de los recursos de la “Subcuenta predios” es diferente a la “Subcuenta Ambiental”. En consecuencia, prospera la pretensión TRIGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL, de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

CUARTA. - Declarar que, de acuerdo con el Otrosí No. Diez (10) las actividades de adquisición predial para la construcción de la segunda calzada de Gualanday se respaldarían en las siguientes fuentes de financiación i) AOM por treinta y cinco (35) meses; ii) desplazamiento de la inversión; y iii) excedentes de la ANI. En consecuencia, prospera la pretensión CUADRAGÉSIMA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

QUINTA. - Declarar que, de acuerdo con la Sección Cuarta (4) del Otrosí No. Diez (10) las actividades de adquisición predial para la construcción de la segunda calzada de Gualanday no podrían hacerse con los recursos consignados en la “Subcuenta predios. En consecuencia, prospera la pretensión CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEXTA.-. Declarar que respecto de la pretensión CUADRAGÉSIMO SEGUNDA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI, operó la COSA JUZGADA, por las razones consignadas en la parte considerativa del presente Laudo.

SÉPTIMA. - Declarar que respecto de la pretensión CUADRAGÉSIMO TERCERA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI, operó la COSA JUZGADA, por las razones consignadas en la parte considerativa del presente Laudo.

OCTAVA. - Declarar que respecto de la pretensión CUADRAGÉSIMO CUARTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI, operó la COSA JUZGADA, por las razones consignadas en la parte considerativa del presente Laudo.

NOVENA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión CUADRAGÉSIMO QUINTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMO. - Declarar que, la Concesionaria San Rafael S.A. deberá reintegrar los recursos de la "Subcuenta predios "que fueron indebidamente utilizados para finalidades diferentes a las descritas en el Contrato de Concesión num. 007 de 2007. En consecuencia, PROSPERA la pretensión CUADRAGÉSIMO SEXTA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMO PRIMERA. NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

#### **Pretensiones de Condena**

DÉCIMO SEGUNDA. CONDENAR a la Concesionaria San Rafael S.A. a reintegrar a la subcuenta predios el valor del capital indebidamente dispuesto cuya suma es de DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$2.453.081.583,68). En consecuencia, PROSPERA la pretensión DÉCIMA PRINCIPAL DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMO TERCERA- NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la pretensión DÉCIMO PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMO CUARTA. Reconocer fundamento a la excepción denominada "3.6.1. LA AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONCESIONARIO RESPECTO DEL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS: LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA", respecto de las pretensiones TRIGÉSIMO

SÉPTIMA PRINCIPAL, CUADRAGÉSIMO SEGUNDA (42), CUADRAGÉSIMA TERCERA (43), CUADRAGÉSIMA CUARTA (44) de la demanda de reconvención reformada, propuesta por CSR.

DÉCIMO QUINTA. - Por las razones expuestas la parte considerativa, reconocer fundamento a la excepción denominada “3.6.2. LA AUSENCIA DE MORA COMO CONSECUENCIA DE LA INEXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONCESIONARIO”, propuesta por CSR

DÉCIMO SEXTA. - Por las razones expuestas la parte considerativa, reconocer fundamento a la excepción denominada “3.6.3. LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS” propuesta por CSR

**(VI) PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA LEGALIDAD Y VALIDEZ DE LAS DISMINUCIONES APLICADAS A LA CONCESIONARIA SAN RAFAEL.**

PRIMERA.- Declarar que la sección veintiséis (26) del Contrato de Concesión num. 007 de 2007 es una disposición legal y válidamente pactada, con excepción del acápite de dicha estipulación que se anula en esta providencia. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión CUADRAGÉSIMA OCTAVA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEGUNDA. -NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

TERCERA. - Declarar que la Concesionaria San Rafael ha incumplido el Contrato de Concesión num 007 de 2007 desde el 23 de febrero de 2021 al no haber acreditado el cumplimiento del indicador de deflectometría en los tramos 2,6 y 7 del proyecto en los términos de la parte motiva. En consecuencia, PROSPERA PARCIALMENTE, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

CUARTA. - PROSPERA PARCIALMENTE, por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMO NOVENA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y LA AGENCIA NACIONAL DE  
INFRAESTRUCTURA - ANI  
130853**

---

QUINTA. - NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la pretensión QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SEXTA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

SÉPTIMA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

OCTAVA. - NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

NOVENA. - NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

DÉCIMA. - NEGAR por las razones expuestas en la parte considerativa, la pretensión SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

(VII) PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA MAYOR PERMANENCIA DE LA INTERVENTORÍA EN LA FASE DE CONSTRUCCIÓN.

PRIMERA.- NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la PRETENSÓN QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

**Pretensión de Condena**

SEGUNDA. - NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la PRETENSÓN NOVENA PRINCIPAL DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

TERCERA.-. NEGAR, por las razones consignadas en la parte considerativa, la PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA NOVENA PRINCIPAL DE CONDENA de la demanda de reconvención reformada de la ANI.

CUARTA. – Reconocer fundamento a la excepción denominada “3.7.1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LAS IMPUTACIONES DE INCUMPLIMIENTO RESPECTO DE LA MAYOR PERMANENCIA DE LA INTERVENTORÍA”, por las razones expuestas en la parte considerativa.

### **(VIII) OTRAS DECISIONES**

**PRIMERO.** Negar las declaraciones solicitadas relacionadas con los juramentos estimatorios de la demanda arbitral reformada y de la demanda de reconvención reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO** Negar las declaraciones solicitadas de condena relacionadas con agencias en derecho y costas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO.** Denegar cualquier otra pretensión de las demandas arbitral y de reconvención, distintas a las anteriormente resueltas.

**CUARTA.** - Declarar causado el saldo (50%) de los honorarios de los árbitros y del secretario. El Presidente del Tribunal hará los pagos del saldo correspondiente.

**QUINTO.** Ordenar a la ANI que dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de este laudo, informe a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado acerca de la terminación del trámite arbitral. El cumplimiento de esta orden deberá acreditarse ante el Tribunal Arbitral.

**SEXTO.** Disponer que, una vez terminada la actuación, el Presidente del Tribunal proceda a rendir cuentas a las partes de las sumas que tuvo a su orden para los gastos de funcionamiento del Tribunal y les devuelva el saldo resultante, si lo hubiere.

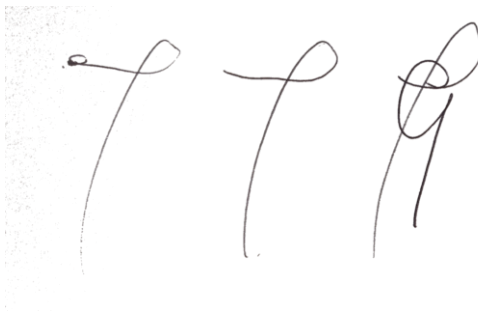
**SÉPTIMO.** - Disponer que, por secretaría, una vez ejecutoriada esta decisión se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y LA AGENCIA NACIONAL DE  
INFRAESTRUCTURA - ANI  
130853**

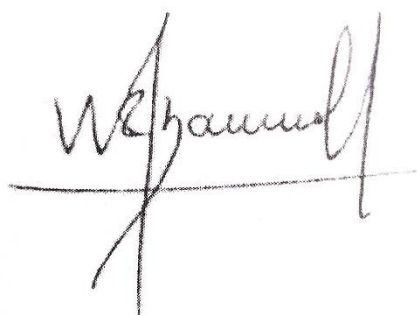
---

**OCTAVO.** Ordenar el envío de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y el archivo del expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

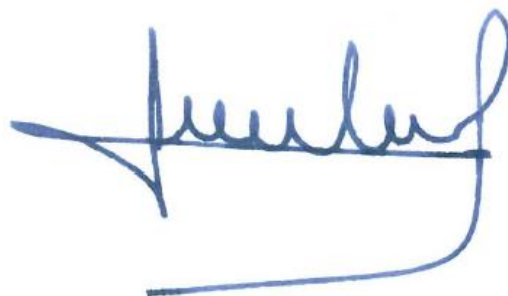
El presente laudo quedo notificado en audiencia el catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)



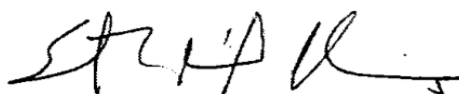
**ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ**  
Presidente



**WILLIAM E. BARRERA MUÑOZ**  
Árbitro



**FERNANDO PABÓN SANTANDER**  
Árbitro



**EDITH CEDIEL CHARRIS**  
Secretaria

**TABLA DE CONTENIDO**

PRIMERA PARTE. - ANTECEDENTES.....	1
A. ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRÁMITE .....	1
I. Las partes y sus apoderados .....	1
II. El pacto arbitral.....	2
III. El Tribunal Arbitral. Conformación y trámite preliminar.....	4
IV. Síntesis de las cuestiones objeto de controversia.....	9
V. El Proceso Arbitral. Desarrollo del trámite .....	34
1. La Competencia del Tribunal .....	34
2. la Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ANDJE .....	36
3. Las pruebas solicitadas, decretadas y practicadas .....	37
4. Los Alegatos de Conclusión y el Concepto del Ministerio Público.....	48
5. Audiencias del Tribunal.....	49
6. Término de duración del proceso y oportunidad del Laudo .....	49
SEGUNDA PARTE. - CONSIDERACIONES .....	50
A. CUESTIONES PREVIAS.....	50
I. SOBRE LA EXCEPCION DE FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ALEGADA POR ANI, POR NO HABERSE AGOTADO EL TRÁMITE DE AMIGABLE COMPOSICIÓN PACTADO EN LA CLÁUSULA 57 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.....	50
II. SOBRE TACHA DE UN TESTIGO FORMULADA POR CSR.....	52
B. LA DEMANDA DE CSR.....	54
I. LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL ROMPIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO FORMULADAS POR CSR .....	54
II. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES CONTRACTUALES.....	99
C. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE ANI .....	135
I. PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES.....	135
II. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL RIESGO DE EVASIÓN TARIFARIA. ....	136
III. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR CSR PRETENSIONES ACÁPITES 3.2.1; 3.3. Y 3.4 .....	156
1. Pretensiones Principales relacionadas con el incumplimiento en el mantenimiento de los indicadores del proyecto (Acápites 3.2.1) .....	157

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y LA AGENCIA NACIONAL DE  
INFRAESTRUCTURA - ANI  
130853**

---

2. Pretensiones relativas a la no terminación de la segunda calzada variante Gualanday. .	176
3. Pretensiones relacionadas con el incumplimiento en la terminación de la ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday y con la reclamación de perjuicios por dicho incumplimiento....	187
IV. PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DEL PUENTE DE CAJAMARCA Y CON LA RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS ..	204
V. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN EL MANEJO DE LA SUBCUENTA PREDIAL Y CON LA RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS .....	215
VI. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA MAYOR PERMANENCIA DE LA INTERVENTORÍA EN LA FASE DE CONSTRUCCIÓN.....	243
D. LIQUIDACIÓN.....	247
E. LAS OBJECIONES A LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS. ....	248
F. LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES Y LA CONDENA EN COSTAS .....	250
TERCERA PARTE. - DECISIÓN.....	253