

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE**

**DE:**

**TREN DE OCCIDENTE S.A.**

**CONTRA:**

**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil catorce (2014).

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

**1º. ANTECEDENTES**

**1. PARTES**

1.1. Parte Convocante

Es **TREN DE OCCIDENTE S.A.** sociedad comercial legalmente constituida con domicilio principal en Santiago de Cali, representada por **ALFONSO PATIÑO FAJARDO**, conforme al certificado expedido por la Cámara de Comercio<sup>1</sup>, y por su apoderado judicial, según el poder que consta en el expediente.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 38 a 43.

<sup>2</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 36.

## 1.2. Parte Convocada

Es la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–**, entidad estatal de naturaleza especial del orden descentralizado de la rama Ejecutiva, adscrita al Ministerio de Transporte, representada por su Presidente el doctor **LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO**, quien delegó en el doctor **OSCAR YESID IBÁÑEZ PARRA**, Coordinador del Grupo Interno de Defensa Judicial, según Resoluciones números 275, 286, 493 y 523 expedidas por su Presidente a 9 y 16 de mayo, 10 y 20 de septiembre de 2012, y por su apoderado especial, de acuerdo a poder que actúa en el expediente.<sup>3</sup>

## 2. PACTO ARBITRAL

Las partes acordaron dicho pacto en la modalidad de cláusula compromisoria en la Cláusula 132 del Contrato de Concesión de Infraestructura y de Obras de Conservación de la Red Pacífica No. 09-CONP-98 celebrado el 18 de diciembre de 1998 entre la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS -FERROVIAS- (sustituida por el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO–, y éste por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**) y **TREN DE OCCIDENTE S.A.** (el “**Contrato de Concesión**”), cuyo texto modificado mediante Otrosí No. 14 del 10 de julio de 2008<sup>4</sup>, es el siguiente:

“CLAUSULA 132. CLAUSULA COMPROMISORIA.

Toda controversia o diferencia que surja entre las partes con ocasión del presente contrato y que no sea resuelta directamente por ellas será sometida al conocimiento y decisión de un tribunal de arbitramento que se regirá por las siguientes reglas:

132.1 Como regla general, si las diferencias son de naturaleza jurídica, el arbitramento se tramitará ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, pero si las diferencias fueren de carácter técnico, el competente será el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros - SCI. Sin embargo, excepcionalmente y siempre que medie acuerdo previo y expreso entre las partes para cada caso en particular, el arbitramento podrá convocarse ante cualquiera de los dos Centros de Arbitraje mencionados a elección del convocante y para que se diriman diferencias jurídicas y/o técnicas.

---

<sup>3</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 351.

<sup>4</sup> Mediante Otrosí No. 13 del 11 de marzo de 2008, se acordó que las diferencias de carácter técnico que no pudieran resolverse por las partes, serían resueltas por un Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

132.2 El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. En el evento en que no medie tal acuerdo, los árbitros serán escogidos mediante sorteo efectuado por el Centro de Arbitraje elegido por el convocante para dirimir la controversia, de las listas de árbitros de tal Centro de Arbitraje.

132.3 Los árbitros decidirán en derecho.

132.4 El Tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje escogido por el convocante, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y en las normas vigentes que al momento de la radicación de la solicitud de convocatoria regulen el proceso arbitral.

132.5 Las partes determinarán el valor de los honorarios de los árbitros y del secretario del Tribunal de Arbitramento.

132.6 La sede del Tribunal de Arbitramento será la ciudad de Bogotá, D.C.”.

### **3. TRÁMITE ARBITRAL**

3.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** presentó el 16 de noviembre de 2012 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una solicitud de convocatoria y demanda arbitral frente a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.<sup>5</sup>

3.2. Los árbitros designados en la forma prevista en el Pacto Arbitral, oportunamente expresaron su aceptación.<sup>6</sup>

3.3. En la audiencia del 1º de febrero de 2013, se declaró legalmente instalado el Tribunal, se designó Presidente y Secretario, se admitió la demanda arbitral, se ordenó notificar el auto admisorio y correr traslado por el término legal a la Parte Convocada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público<sup>7</sup>, cuya notificación se surtió el 7 y el 8 de febrero de 2014<sup>8</sup> y se remitió copia del mismo, de la demanda y sus anexos, en la forma consagrada por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.<sup>9</sup>

3.4. La Parte Convocada a través de su apoderado contestó la demanda el 16 de abril de 2014 con expresa oposición e interposición de excepciones

---

<sup>5</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 35.

<sup>6</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 113, 115 y 116 y 168.

<sup>7</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 211 a 213.

<sup>8</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 216 a 224.

<sup>9</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 225 a 233.

perentorias y en escrito separado llamó en garantía a **FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.**, el cual retiró con escrito del 6 de mayo de 2014.<sup>10</sup>

3.5. Mediante fijación en lista del 23 de abril de 2013 se surtió el traslado de las excepciones perentorias interpuestas<sup>11</sup>, replicadas por la Parte Convocante según escrito radicado el 30 de abril de 2014.<sup>12</sup>

3.6. El 17 de junio de 2012, en la audiencia de conciliación las partes no conciliaron las diferencias, y a continuación se fijaron los costos legales del arbitraje, que fueron consignados en su totalidad por la Parte Convocante en los plazos legales.<sup>13</sup>

3.7. El 24 de julio de 2014, durante la primera audiencia de trámite, el Tribunal de Arbitraje se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias planteadas en la demanda arbitral, su contestación, las excepciones interpuestas y la respuesta a éstas.<sup>14</sup>

3.8. Ejecutoriada la providencia de asunción de competencia, en la misma audiencia de trámite celebrada el 24 de julio de 2014, se profirió auto que decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes en sus debidas oportunidades procesales y ordenó su práctica, a saber:

3.8.1. Documentales. Se tuvieron por tales, los documentos aportados por las partes y se dispuso que otros fueran remitidos mediante oficios que al efecto fueron librados.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 266 a 359.

<sup>11</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 360.

<sup>12</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 361 a 380.

<sup>13</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 423 a 429.

<sup>14</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 443 a 453.

<sup>15</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 450 y 451 y Cuadernos de Pruebas Nos. 1, 2 y 3 (folios 1 a 488).

- 3.8.2. Testimonios. Se ordenaron y recibieron en audiencia del 16 de agosto de 2013 los testimonios de Jorge Alfonso Fandiño Ramírez<sup>16</sup>, Marco Amaya Álvarez<sup>17</sup>, Irenarco Nivia Correal<sup>18</sup>, Juan Carlos Castaño Araque<sup>19</sup> y Ricardo Amaya Laporte<sup>20</sup> y, de sus transcripciones se surtió su traslado<sup>21</sup>, habiéndose desistido de la declaración del señor Juan José Rodríguez Parra.<sup>22</sup>
- 3.8.3. Dictamen Pericial Contable. Se decretó el dictamen pericial contable solicitado por la Parte Convocante, rendido por la experta Integra Auditores Consultores S.A. el 15 de octubre de 2013<sup>23</sup>, aclarado y complementado el 13 de enero de 2014<sup>24</sup>, a solicitud de ambas partes, contenidas en sus escritos radicados el 18 de noviembre de 2013.<sup>25</sup>
- 3.8.4. Dictamen Pericial Técnico. Se decretó el dictamen pericial técnico solicitado por la Parte Convocante, rendido el 11 de octubre de 2013 por el Ingeniero Rafael Antonio Dueñas Contreras<sup>26</sup>, aclarado y complementado el 9 de enero de 2014<sup>27</sup>, controvertido por la demandante en ejercicio del derecho de contradicción según escrito replicado por la Convocada del 24 de febrero de 2014, con el cual aportó, al amparo del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, unas “experticias” rendidas por los ingenieros Holbert Corredor Romero, Richard Ernesto Bayona, Angélica Moncada y Juan Camilo Castro.<sup>28</sup>

---

<sup>16</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 1 a 7.

<sup>17</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 8 a 17.

<sup>18</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 18 a 27.

<sup>19</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 28 a 33.

<sup>20</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 34 a 38.

<sup>21</sup> Cuaderno Principal No. 2, folio 756.

<sup>22</sup> Cuaderno Principal, folio 569.

<sup>23</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 1 a 238.

<sup>24</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 239 a 266.

<sup>25</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 668 a 691.

<sup>26</sup> Cuaderno de Pruebas Nos. 7.1, 7.2 y 7.3.

<sup>27</sup> Cuaderno de Pruebas No. 7.4.

<sup>28</sup> Cuaderno de Pruebas No. 8.

3.8.5. Oficios. Por la vía del oficio que fue remitido por el Tribunal la Agencia Nacional de Infraestructura, remitió los documentos y actuaciones dentro de trámites judiciales y/o administrativos en los que constan las diligencias, trámites y/o gestiones adelantadas por ésta, tendientes a la adquisición de los predios necesarios para la ejecución de las actividades de rehabilitación, reconstrucción y/o construcción contratadas a la Convocante y el Pliego de Condiciones para la Concesión de la Red Férrea Pacífica Licitación Pública NO. 001-98.<sup>29</sup> Igualmente, como respuesta a otro oficio, se incorporaron las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Sociedades dentro del trámite del Proceso de Reorganización de la sociedad **TREN DE OCCIDENTE S.A.**<sup>30</sup>

Por auto proferido en audiencia del 28 de febrero de 2014 se dispuso oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que remitiera copia, con constancia de notificación y ejecutoria, de las providencias del 13 de mayo de 2004 y 4 de septiembre de 2003 proferidas por la Sala Disciplinaria y la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, respectivamente, dentro del expediente con radicación No. 161-02040 (165-075078/02), las cuales se remitieron el 12 de junio de 2014 y se incorporaron al proceso.<sup>31</sup>

3.9. Practicadas todas las pruebas, las cuales fueron puestas en conocimiento de las partes dentro del proceso, se declaró cerrado el debate probatorio y se citó a los apoderados para la audiencia de alegatos de conclusión.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3.

<sup>30</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3.

<sup>31</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 491 a 557.

<sup>32</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 762 a 774.

3.10. El 30 de julio de 2014 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión. Los apoderados de las dos partes expusieron oralmente y en forma resumida sus alegaciones y entregaron sus respectivas versiones escritas.<sup>33</sup> El señor Agente del Ministerio Público, en término, emitió su concepto.<sup>34</sup>

3.11. El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.<sup>35</sup>

#### **4. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

Se resumen la demanda arbitral reformada, su respuesta y las excepciones perentorias, como fueron presentadas por las partes, así:

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

La parte Convocante solicitó al Tribunal declarar el incumplimiento de la Convocada a su obligación de entregar los predios necesarios para la ejecución de las actividades de reconstrucción, rehabilitación y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa a partir del 7 de mayo de 2009 (Primera Pretensión) dando lugar, por sus incumplimientos graves y la falta de saneamiento de ese tramo, a la terminación anticipada del Contrato de Concesión a partir del 1º de agosto de 2012, fecha de vencimiento de los seis meses acordados para solucionar o subsanar las causas de incumplimiento (Pretensión Segunda) y en consecuencia de estos dos pedimentos, declarar que la demandante no está obligada a ejecutar las actividades pendientes, particularmente las relacionadas con la variante Caimalito y Cartago, ni al cumplimiento de las demás de obligaciones contractuales (Pretensión Tercera).

Igualmente, pide declarar que a causa del incumplimiento de la obligación de entregar los predios necesarios para la ejecución de las actividades de

---

<sup>33</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 789 a 790; Cuaderno Principal No. 3, folios 1 a 225.

<sup>34</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 226 y siguientes.

<sup>35</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 789 y 790.

reconstrucción, rehabilitación y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa a partir del 7 de mayo de 2009, la Convocada debe indemnizarle los perjuicios ocasionados por los conceptos relacionados según lo probado en proceso (Pretensión Cuarta).

Asimismo, pretende que se condene a la parte Convocada a pagarle las sumas de \$1.062.189.335,00 \$770.678.487,00 \$1.367.148.846,00 \$10.610.541.725,00 y \$8.141.814.744,00, o las probadas en proceso, por los conceptos expresados (Pretensiones de Condena primera a Quinta) con sus respectivos rendimientos o utilidades (Pretensión de condena sexta), como también en forma indeterminada la indemnización por terminación anticipada prevista en la cláusula 116 del Contrato de Concesión conforme a lo probado (Pretensión de Condena Séptima) y liquidar el Contrato (Pretensión de Condena Octava).

En subsidio de la pretensión segunda, en caso de no declararse la terminación anticipada, solicita declarar el incumplimiento de las obligaciones contractuales con grave perjuicio para el Concesionario y el desarrollo de objeto contractual e imponerle multa por \$3.068.886.08 según la cláusula 96. Numeral 5° del Contrato de Concesión.

Acerca del incumplimiento de la entidad concedente en su obligación de entregar los predios al Concesionario la Convocante señala lo siguiente:

- De conformidad con varias cláusulas del pliego de condiciones, del Contrato de Concesión, del Otrosí No. 3, así como disposiciones contenidas en el Contrato de Transacción y Cesión, sobre la Convocada recae la obligación de entregar de los predios necesarios y su cumplimiento era una condición suspensiva de las obligaciones del Concesionario relacionadas con la rehabilitación y la reconstrucción en el sector de la variante Cartago - Caimalito y la Hacienda la Amapola en el tramo Zaragoza-La Felisa.



- La Concedente no cumplió con su obligación de entrega, a pesar que a la fecha el Concesionario cuenta con algunos de los predios de la variante Caimalito, que fueron entregados de manera tardía.
  
- Mediante comunicación del 1 de noviembre de 2005 la Convocante puso en conocimiento la interferencia en el corredor Férreo por causa de la falta de disponibilidad del Predio “La Amapola”.
  
- Con el fin de colaborar con su contratante, el día 31 de julio de 2002 la Convocante suscribió un Contrato de Transacción con FERROVÍAS, en el cual las partes transigieron los efectos del incumplimiento por parte de la entidad pública y **TREN DE OCCIDENTE S.A.** se obligó a recibir el tramo de Cartago – La Felisa en el estado en que se encontrase. Sin embargo, el riesgo asumido por la Convocante con la transacción debe entenderse que se extendía hasta el 5 agosto de 2005, fecha que se estipuló como la terminación del Plan de Obras.
  
- La Convocante ha tenido que solicitar la ampliación del plazo para rehabilitación, en atención de situaciones que no le eran imputables.
  
- Mediante comunicación del 8 de mayo de 2007 el Procurador General de la Nación puso en evidencia el vencimiento del plazo para presentar el “Diagnostico de la red férrea del Pacifico” pero sus advertencias no fueron atendidas.
  
- Teniendo como causa las dificultades que se generaron a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** para el cumplimiento del Contrato de Concesión, el 10 de julio de 2008, ésta celebró con la sociedad FERROCARRIL DEL OESTE S.A. un Contrato de Cesión mediante el cual aquella cedió irrevocablemente, y en dos

etapas<sup>36</sup>, su posición contractual en el Contrato de Concesión, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** autorizó la mencionada cesión.

- En virtud de la cesión, la responsabilidad de la Convocante y su posición contractual dentro del Contrato de Concesión quedó limitada a la ejecución de las actividades que se comprenden en la denominada “Segunda etapa”, esto es, a la ejecución de actividades de rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza – La Felisa, así como los derechos y obligaciones que sostenía como Concesionaria de la parte aun no cedida, a la espera del cumplimiento de la condición.
  
- A pesar de que a la fecha del Contrato de Cesión continuaba el incumplimiento en la entrega por parte de la Convocada, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** declaró cumplido el Contrato de Concesión por parte del INCO, hasta esa fecha *“salvo por la controversia que LA CEDENTE promoverá ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, la cual está contenida en el documento titulado ‘ACTA DE ACUERDO’ No. 62 suscrita con el INCO, el 10 de julio de 2008”*.
  
- Sin embargo, las contingencias que ha tenido que soportar la Convocada superan cualquier límite de razonabilidad y proporcionalidad y comportan una defraudación a la buena fe.
  
- Aun con posterioridad a la fecha de la celebración del Contrato de Cesión, la Convocada continúa incumpliendo su obligación de entregar los predios, la condición suspensiva mencionada se hizo imposible y ha obligado a la

---

<sup>36</sup> “Primera etapa: A la fecha del presente contrato LA CESIONARIA recibe irrevocablemente para su operación, mantenimiento y conservación, el corredor de 380 kilómetros con todas sus anexidades, comprendidos entre los Municipios Buenaventura y Zaragoza y Zarzal y La Tebaida. Segunda etapa: La rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza - La Felisa, continuará a cargo de LA CEDENTE y solo será cedido a LA CESIONARIA una vez cumplida la condición de ser terminada por LA CEDENTE, y verificada su ejecución total de acuerdo con el plan de obras por la Interventoría designada por el INCO, quedando claro que para esta segunda etapa no se requerirá nueva aprobación de cesión por parte del INCO”.

Convocante a permanecer en el tiempo asumiendo riesgos y costos no previstos, sin que haya sido posible cumplir con el cronograma establecido por el INCO.

- El incumplimiento de la Convocada ha impedido la ejecución lineal y continua del proyecto y ha generado la paralización de las obras en la variante Caimalito, como consecuencia de la anulación del proceso de expropiación.
  
- Como muestra de buena fe, el 24 de enero y el 3 de febrero de 2012, la Convocante presentó una propuesta para efectuar las obras de emergencia del corredor férreo, como consecuencia de las afectaciones graves ocurridas por la ola invernal, propuesta que solo fue respondida tres meses después.
  
- La Convocante ha puesto de presente a la Concedente su incumplimiento, sin que ésta haya tomado los correctivos.
  
- El 6 de noviembre de 2012, la Convocante informó a la Convocada de la terminación anticipada del Contrato de Concesión, como consecuencia de los hechos anteriormente narrados, y por la ausencia de interés y respuesta a todos y cada uno de los continuos requerimientos.

A propósito de los perjuicios que le ha generado el incumplimiento por parte de la Convocada de la obligación de entregar los predios para cumplir la rehabilitación y reconstrucción, la Convocante señala lo siguiente:

- La falta de entrega de los predios ha hecho que la ejecución de las actividades contractuales se haya hecho más costosa, entre otras razones, por la imposibilidad de utilizar la misma infraestructura férrea para movilizar los equipos y materiales dada la falta de continuidad de la misma.

- El incumplimiento de la entidad ha ocasionado mayor cantidad de mantenimientos.
  
- Entre agosto y diciembre de 2010 se presentó el denominado “Fenómeno de la Niña 2010-2011” y la zona del corredor se vio afectada por el fuerte invierno que llevó al Gobierno a declarar emergencia económica, social y ecológica mediante decreto 4580 de 2010, lo que generó afectaciones en el corredor férreo. Esta situación también afectó la actividad “Suministro de material (Balasto)”, a pesar de que **TREN DE OCCIDENTE S.A.** cumplió con la obtención de la licencia y las obras para el montaje de la trituradora.
  
- Como consecuencia de los graves perjuicios, la extensión en el tiempo del Contrato de Concesión, la asunción de riesgos mayores, los sobrecostos y los reprocesos derivados del incumplimiento de la Convocada, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** se vio en la necesidad de entrar en proceso de reorganización.
  
- A pesar de lo anterior, debido a la coacción ejercida por la Convocada, como es el uso de las medidas conminatorias, la Convocante se ha visto en la necesidad de ejecutar constantes y reiterados mantenimientos a las obras ya ejecutadas.
  
- La construcción de terraplenes y obras hidráulicas en varios predios que debieron ser restituidos a sus propietarios debido a la anulación de decisiones judiciales por medio de las cuales se habían puesto a disposición de la Convocada, se deterioraron.
  
- La Convocada ha tenido que asumir los costos por vigilancia de los equipos, predios, bienes inmuebles y materiales dispuestos para la ejecución de las

actividades y dada la imposibilidad de ejecución surgieron costos por *stand by* en el equipo y el personal.

La Convocante ha incurrido en gastos administrativos generados en virtud de su dedicación exclusiva al objeto contractual.

#### 4.2. **Contestación a la demanda arbitral y excepciones interpuestas.**<sup>37</sup>

La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, por conducto de apoderado idóneo, en tiempo contestó la demanda con expresa oposición a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros, presentó y pidió pruebas e interpuso las excepciones de mérito denominadas “Inexistencia de cláusula arbitral entre la sociedad convocante y la entidad convocada”, “Falta de legitimación por activa de la sociedad convocante”, “Excepción de inexistencia de incumplimiento por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura”, “Excepción de transacción”, “Excepción de falta de integración del contradictorio, por subsistir un vínculo sustancial y contractual entre el concesionario cedente Tren de Occidente S.A. y el concesionario cesionario Ferrocarril del Oeste S.A.”, “Excepción de contrato no cumplido por parte de la sociedad Tren de Occidente S.A.” y “Excepción Genérica”.

En torno a los hechos, aceptó como ciertos los referidos a la existencia del Contrato de Concesión, del Contrato de Transacción y del Contrato de Cesión; a las comunicaciones cruzadas e informes levantados; a las solicitudes de la Convocante para la ampliación del plazo para realizar la rehabilitación y/o reconstrucción de la vía férrea; al ingreso de la Convocante a un proceso de restructuración empresarial; y al impedimento para intervenir algunos predios. Negó los demás hechos o precisó que no eran ciertos en la forma en que venían propuestos. De su contestación resultan las siguientes precisiones:

---

<sup>37</sup> Cuaderno Principal, folios 266 a 350.

- La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** ha dado cumplimiento a las obligaciones a su cargo pactadas en el Contrato de Concesión y en el Contrato de Transacción. Además, las dificultades en la adquisición de predios no impedían a la Convocante ejecutar el Plan de Obras de Rehabilitación en los predios disponibles, que se negó sistemáticamente a recibir.
  
- La Convocante era conocedora de la situación de los predios, sabía y era consciente de que las soluciones implicaban la participación de terceros y consintió en esperar, por su cuenta y riesgo, el resultado de las gestiones que ejecutara la entidad contratante para restituir el corredor férreo.
  
- En los Informes mensuales de Interventoría y de la Supervisión se encuentra el registro de la entrega anticipada de predios de la variante Caimalito y la gestión predial realizada.
  
- Se debe notar que con los Otrosíes 2 y 3 se realizaron algunas modificaciones al Contrato de Concesión, para determinar la entrega de la infraestructura; que éstos fueron suscritos antes del compromiso pactado en el Contrato de Transacción y que este Contrato tuvo por objeto dar una satisfactoria solución al conflicto presentado respecto a la entrega del trayecto Cartago La Felisa, precaviendo un eventual litigio, incluyendo la construcción de las variantes férreas para solucionar los problemas de continuidad del sector. FERROVIAS aportó US\$28 millones para la ejecución de las obras relacionadas en la cláusula décimo octava del Contrato de Transacción.
  
- El Contrato de Transacción no prevé un término para que se logre la restitución de las áreas afectadas para su rehabilitación y/o construcción, labor que por lo demás se estipula expresamente debe ser cumplida conjuntamente entre la entidad concedente y el Concesionario y cuya ejecución **TREN DE OCCIDENTE S.A.** consintió en esperar por su cuenta y riesgo.

- El Contrato de Transacción en mención prevé un plazo de duración, pero es necesario resaltar que las partes estipularon en el mismo que dicho plazo se podría extender por todo el tiempo que requiriera la solución de reubicaciones o variantes al tramo expropiado por el municipio de Pereira y todas las que se requirieran a lo largo del corredor férreo.
  
- El Otrosí 10 no es evidencia de los presuntos incumplimientos del INCO (hoy ANI). Al contrario, en el mismo se deja constancia de la gestión diligente realizada en forma conjunta.
  
- Las cláusulas 106 y 111 del Contrato de Concesión se refieren a la terminación anticipada del mismo, pero dichas estipulaciones no son aplicables a lo que ocurrió durante su ejecución.
  
- En la comunicación suscrita por el señor Procurador General de la Nación se sugiere la posibilidad de que el INCO (hoy ANI) realice directamente la compra de los predios y, por esta razón, en el Adendo 1 del Anexo 17 del Plan de Obras 7.1 se acordó entre las partes disponer de recursos del Plan de Obras para la consecución de predios faltantes. Lo anterior ratifica las obligaciones contractuales de la Convocante, en relación con la realización de todas las actividades requeridas para construir las variantes férreas que permitiera la continuidad técnica – operativa eficiente de la línea férrea concesionada.
  
- Ante los continuos atrasos en la ejecución de obras a cargo de la Convocante el INCO (hoy ANI), mediante la Resolución No. 386 del 14 de septiembre de 2010, le impuso una multa como consecuencia del incumplimiento del Plan de Obras de Rehabilitación de la Red Férrea del Pacífico por la suma de \$697.959.440, acto administrativo ante el cual esa sociedad presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 508 del 1 de diciembre de 2010, dejando en firme la multa por los atrasos con corte a 30 de

marzo de 2009, por valor de \$290.832.194, siendo \$174.356.368 aplicables al Contrato de Concesión y \$116.475.826 al Contrato de Transacción. Posteriormente, mediante oficio INCO 20103070175101 del 17 de diciembre de 2010, teniendo en cuenta el cronograma presentado por **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, que incluyó la adquisición de predios faltantes necesarios para terminar la construcción de las variantes de Cartago y Caimalito a cargo del Estado y el suministro y colocación de balasto a cargo de **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, el INCO (hoy ANI) le otorgó plazo hasta el 22 de noviembre de 2012, para concluir el Plan de Obras de Rehabilitación, pero en dicho plazo no se terminaron las obras requeridas para operar el tramo Zaragoza - La Felisa, principalmente porque se presentaron atrasos en la ejecución de actividades no afectadas por predios y porque hacía falta contar con la disponibilidad de siete predios para construir las variantes de Cartago y Caimalito, responsabilidad que es compartida de acuerdo con el Contrato de Transacción.

- La gestión adelantada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, en desarrollo del compromiso adquirido con la suscripción del Contrato de Transacción, consistió en la recuperación del corredor invadido en el municipio de Pereira y en la recuperación del corredor invadido en el municipio de Cartago.

- Con la cita de los informes de interventoría, la Convocante hace evidente que la entidad Convocada realizaba gestión relacionada con la adquisición de predios y, al mismo tiempo, acepta que podía ejecutar obras en zonas sin afectación predial.

- A pesar de que la Convocante no había presentado los diseños definitivos con conformidad de la Interventoría, obligación pactada en el Parágrafo segundo del Artículo 4 del Otrosí 15 al Contrato de Concesión, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** inició los procesos de adquisición, ha realizado la



gestión requerida para la consecución de los predios necesarios para la construcción de las variantes y ha estado supeditada a las decisiones de los Jueces. Éstos autorizaron la entrega anticipada de los predios de la variante Caimalito en el año 2009. Para la variante de Cartago, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** definió el Gestor Predial, quien llegó hasta obtener la orden de entrega anticipada de 8 de los 13 predios requeridos en jurisdicción de Cartago. Los 4 predios restantes, localizados en jurisdicción de Pereira, fueron entregados de acuerdo con el Pacto de Cumplimiento, tal como consta en el Capítulo 4 del Informe 15 de la Interventoría Consorcio Ferropacífico. El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira revocó las actuaciones realizadas para la entrega anticipada de los predios, por lo que el Municipio de Pereira directamente negoció los predios con sus propietarios, teniendo para ello la participación de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, por medio del Convenio Interadministrativo celebrado para tal fin. Dicha actividad culminó satisfactoriamente a finales de diciembre de 2012, lo que confirma las actuaciones que se han adelantado en relación con la entrega de los predios.

- La Convocante aceptó recibir el tramo en las condiciones encontradas, realizar conjuntamente con la entidad Convocada las labores requeridas para conseguir la restitución de las áreas afectadas, realizar todas las actividades requeridas para construir las variantes férreas que permitan la continuidad técnica y operativa eficiente de la línea férrea concesionada y no presentar reclamaciones por la demora en la entrega de los predios afectados. Sin embargo, de acuerdo con lo informado por la Interventoría en su informe CF-2012-151 del 31 de julio de 2012, aquélla suspendió unilateralmente la ejecución de obras en sitios sin afectación predial y con posibilidad de acceso carretable inicial, tal como es el caso del tramo entre variantes y el tramo la Felisa – Irra, entre otros.

- FERROVÍAS en su momento, previendo dificultades en el suministro de balasto, le entregó a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** en el año 2003 recursos del Plan de Obras para la compra de material, con los cuales suscribió contratos de suministro con diferentes proveedores. Una parte del material contratado con proveedores externos quedó depositado en las canteras y/o plantas de producción, y la movilización al sitio de disposición final fue unilateralmente aplazada por la Convocante, a pesar de contar con recursos anticipados para transporte carretable de balasto triturado y de tener tramos disponibles para su utilización. Desde el 12 de junio de 2009 no se realizaron actividades de riego de balasto y, la falta del suministro y riego, retrasó las actividades dependientes de este material, sin que la Convocante tomara correctivos.

- Aun cuando la Convocante motivó la prórroga del Plan de Obras proponiendo por su propia cuenta y riesgo instalar en el sector del Senegal (municipio de Pereira) una planta trituradora y a pesar de que las obras de adecuación del sitio de instalación de la planta trituradora de balasto alcanzaron un 95% de obra civil construida, al finalizar el plazo para la terminación del plan de obras del sector Zaragoza –La Felisa, no se realizó el transporte de la planta trituradora a su sitio de instalación. Siendo la adquisición del balasto una actividad crítica que afectó el cumplimiento de la ejecución del Plan de Obras de Rehabilitación, la Convocante no efectuó ninguna acción para solucionar la falta de producción del balasto, ni adelantó el montaje de la planta trituradora, lo que conllevó a que no haya ejecutado avances en el desarrollo de las actividades del proyecto en el corredor Zaragoza – La Felisa y en los sitios sin afectación predial.

- **TREN DE OCCIDENTE S.A.** se negó a recibir los predios ya escriturados y/o con entrega anticipada ordenada judicialmente, aduciendo que sólo estaba obligada a recibir tramos completos y continuos, comprendidos entre nodos generadores de carga, según lo previsto en la Cláusula 7 del Contrato de

Concesión, modificada por el Otrosí No. 3. Lo cierto es que el Contrato de Transacción aplicable al tramo Cartago – La Felisa modificó estas condiciones para ese trayecto en la medida en que en sus cláusulas segunda y tercera, en forma expresa, las partes acordaron recibir dicho tramo en el estado en que se encontraba, lo cual, ocurrió en el Acta de Acuerdo No. 48 de agosto 9 de 2002. En consecuencia, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** se negó a ejecutar las obras de rehabilitación correspondientes respecto de los predios que ya se habían adquirido y/o que se encontraban a su disposición para tal efecto, habiendo podido ejecutar obras en aproximadamente seis kilómetros de vía de la variante Cartago (incluido el Km 442+733).

- De conformidad con los Parágrafos 1 y 2 de la Cláusula Tercera del Contrato de Transacción existe responsabilidad compartida entre la Convocante y la Convocada para la realización de las actividades necesarias para la consecución de los predios faltantes.

- La Convocante pudo ejecutar el 91% de la longitud por intervenir entre Cartago y la Felisa, tal como lo menciona la Interventoría Consorcio Ferropacífico.

- Como muestra de la buena fe que aduce la Convocante, debió haber cumplido con sus obligaciones frente a los efectos de la ola invernal, para lo cual el Estado definió los procedimientos a seguir, además de que la Cláusula 67 del Contrato de Concesión lo establece. La Interventoría consideró que no era posible atender la propuesta de **TREN DE OCCIDENTE S.A.** de destinar los recursos del Fideicomiso para atender obras de emergencia, debido a que el Plan de Obras es el documento en el cual se integró la planeación y regulación de todas las actividades en materia de rehabilitación, construcción y reconstrucción de la vía férrea concesionada y que el destinar recursos para obras no contempladas dentro de éste ocasionaría su desfinanciamiento.

Respecto a la documentación entregada para obras de emergencia por la ola invernal, aunque la oferta mercantil realizada entre **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y el Ingeniero Juan Carlos Castaño Araque, contemplaba un alcance que incluía Geología, Geotecnia, Topografía, Estructurales, Cantidades de Obra y Especificaciones, Informes, Planos constructivos, y visitas técnicas y perforaciones, solamente se anexaron esquemas que no permitían una evaluación objetiva de algunas de las obras propuestas.

- Si bien **TREN DE OCCIDENTE S.A.** ejecutó obras de rehabilitación y reconstrucción, ha podido ejecutar otras obras porque en algunas de ellas realizó actividades parciales, con lo cual se demuestra que sí existía acceso a este tramo del corredor.

- Era obligación de la Convocante realizar el mantenimiento de las obras ejecutadas de acuerdo con lo estipulado en los numerales 3.3.4 y 3.4.2 del Pliego de Condiciones y 13.1, 13.6, 13.8 y Cláusulas 30, 31 y 32 del Contrato de Concesión, entre otras.

- De acuerdo con las Cláusulas 26.3 y 28 del Contrato de Concesión, la Convocante debía asumir la totalidad de los riesgos derivados del Plan de Obras de Rehabilitación.

- De acuerdo con las Cláusulas 26.3 y 28 del Contrato de Concesión y el Parágrafo primero de la Cláusula Tercera del Contrato de Transacción, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** debía asumir la totalidad de los riesgos derivados del Plan de Obras de Rehabilitación y esperar por su cuenta y riesgo el tiempo que demorara la entrega de los predios. La continuidad de la vía férrea afecta exclusivamente las actividades que deben desarrollarse con la competencia de trenes de trabajo. Sin embargo, la Nación autorizó la utilización de recursos del Plan de Obras para la movilización de todo el material férreo necesario para la

construcción de la vía, por carretera, hasta el punto o centro logístico de construcción seleccionado por la Convocante en el corregimiento de Arauca.

- En relación con el “Fenómeno de la Niña 2010-2011”, debe puntualizarse que la Cláusula 67 del Contrato de Concesión implica que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** compartirá el riesgo con el Concesionario siempre que éste “hubiera adelantado razonablemente y con suficiente diligencia las obras requeridas, de manera que el desastre no hubiera podido ser minimizado con obras de ingeniería inherentes a la labor de rehabilitación o conservación que le corresponda”. Adicionalmente, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y la Interventoría Consorcio Ferropacifico reiteraron en varias ocasiones a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** la necesidad de presentar la información de las afectaciones debido a la ola invernal, obligación que no cumplió con el lleno de los requisitos.

- La ola invernal no afectó el suministro de material, porque a partir del año 2003 FERROVÍAS le dio recursos a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** para que hiciera gestiones con canteras de la región para el suministro de material, quedando pendiente la entrega 48.997 m<sup>3</sup>, lo cual ocurrió mucho antes de la temporada invernal 2010- 2011.

- La vigilancia de los equipos, predios, bienes inmuebles y materiales dispuestos para la ejecución de las actividades, debió ser ejecutada necesariamente por TREN DE OCCIDENTE S.A durante el plazo de ejecución de las obras y hasta el recibo a conformidad por la Interventoría, de acuerdo con lo establecido en el Otrosí 15 del Contrato de Concesión.

## 5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

### 5.1 Alegato de la Parte Convocante.<sup>38</sup>

1. La Convocante hizo referencia a los antecedentes, a la fijación del litigio, y a las pretensiones de la demanda.

2. En torno a la excepción de “Inexistencia de cláusula arbitral entre la sociedad Convocante y la Entidad convocada” fundada en la celebración del Contrato de Cesión, celebrado entre **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y FERROCARRIL DEL OESTE S.A., señala la Convocante que dicha cesión fue solo parcial, en tanto que de conformidad con la Cláusula primera, la ejecución se previó en dos etapas. La primera etapa fue surtida al momento mismo de la celebración del contrato, en virtud de la cual FERROCARRIL DEL OESTE S.A, recibió de manera irrevocable “para su operación, mantenimiento y conservación, el corredor de 380 Kilómetros con todas sus anexidades, comprendidos entre los Municipios Buenaventura – Zaragoza y Zarzal – La Tebaida”, quedando a cargo de la sociedad **TREN DE OCCIDENTE S.A.** en su calidad de cedente, “[l]a Rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa”, cuya cesión estaría sometida a la condición suspensiva de “ser terminada por LA CEDENTE, y verificada su ejecución total de acuerdo con el plan de obras por la Interventoría designada por el INCO”, de manera que solo una vez la sociedad cedente finalizara con éxito la rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza - La Felisa, se cedería entonces dicha parte del Contrato de Concesión a la Cesionaria. Así, hasta tanto no se diera cumplimiento a lo estipulado por las partes para el recibo de la “segunda etapa” no se puede decir que hubo una cesión total del contrato y entonces **TREN DE OCCIDENTE S.A.** sigue vinculado al Contrato de Concesión, más aún cuando se encuentran en

---

<sup>38</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 1 a 149.

cabeza suya los contratos de fideicomiso y bajo su responsabilidad las actividades de construcción y reconstrucción, entre otros aspectos.

Agregó la Convocante que la conducta desplegada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, como entidad Contratante y Convocada al presente proceso arbitral, constituye una actuación que trasgrede el principio y deber legal de buena fe, puesto que alega en diferentes procesos argumentos contradictorios en relación con la jurisdicción y competencia arbitral.

3. Sobre la excepción de “Falta de legitimación por activa de la Sociedad Convocante” agrega que resultaría abiertamente contrario a derecho el pretender que en virtud de la relación contractual existente entre **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, luego de la cesión parcial del contrato, sea aquella la única sometida al cumplimiento de obligaciones, sin derecho alguno a exigir de la Contratante el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por ésta al momento de la celebración del Contrato de Concesión.

4. Acerca de la “Excepción de inexistencia de incumplimiento por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura”, la Convocante cita disposiciones del Contrato de Concesión y de los pliegos, destacando la obligación de FERROVIAS en el parágrafo del numeral 7.1.4, según el cual “Sin perjuicio de las obligaciones de Ferrovías con respecto al saneamiento de bienes inmuebles, Ferrovías entregará al Concesionario y este se compromete a recibir los tramos de vía férrea y los bienes inmuebles en los que exista una VIA FÉRREA QUE PERMITA TRÁNSITO DE TRENES, EXISTIENDO CONTINUIDAD ENTRE LOS TRAMOS QUE RECIBA EL CONCESIONARIO”.

Señala que en este acuerdo inicial quedó definido cómo debía hacerse la entrega de los bienes inmuebles, pero que desde sus inicios la entidad

contratante dejó en evidencia los inconvenientes presentados, por ejemplo, en la consideración del Otrosí No. 2 del 5 de febrero de 2009.

Destaca que tan ello es así, que las partes se vieron en la obligación de suscribir un Contrato de Transacción (31 de julio de 2002), donde una y otra vez se manifestó lo relativo al incumplimiento de naturaleza GRAVE por parte de la Contratante. Señala que antes de la suscripción del Contrato de Transacción la entidad contratante no dio cabal cumplimiento a su obligación de entregar el corredor saneado y en condiciones para que pudiera pasar un tren de prueba. Tampoco dio cumplimiento a su obligación luego del Contrato de Transacción porque, pese al compromiso de entregar el corredor, así como los predios para la construcción de la solución, esto nunca sucedió, pues no se continuaron acciones de recuperación del corredor.

En respaldo de su posición se remite a las conclusiones presentadas por la comisión de la Superintendencia de Puertos y Transporte que realizó una visita de inspección el 8 de noviembre de 2012, a los certificados de tradición de los predios, a los testimonios de los ingenieros Marco Amaya e Irenarco Nivia, a las comunicaciones, a la prueba pericial técnica y a los documentos que obran en la cuaderno de pruebas No. 3 que evidencian cómo las acciones de la Contratante fueron tardías.

Cita la Cláusula 68 del Contrato de Concesión, por cuya virtud, “El CONCESIONARIO únicamente estará exonerado de las obligaciones previstas a su cargo en el presente contrato, en los casos de fuerza mayor y caso fortuito, entendidos estos en los términos el artículo 64 del Código Civil, o como consecuencia de hechos de un tercero o del incumplimiento de FERROVIAS de alguna de sus obligaciones [...]”, para señalar que tal estipulación permite sustentar que en la realidad se presentaron dos situaciones que exoneraban a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** de dar cumplimiento a sus obligaciones: una, el



incumplimiento de la Contratante y dos, la ola invernal como evento de fuerza mayor, que la contraparte no asumió, no solucionó, no gestionó y no colaboró para que **TREN DE OCCIDENTE S.A.** mitigara sus efectos.

Invoca el testimonio de Irenarco Nivia, para poner presente cómo **TREN DE OCCIDENTE S.A.** tomó la iniciativa y llevó a cabo estudios y diseños para elaborar una propuesta de obras de emergencia, que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** no atendió, pese a haberse gestionado; el testimonio de Juan Carlos Castaño Araque que determinó como se habían efectuado los diseños, cuál era la magnitud de las afectaciones y qué fue lo ocurrido con la propuesta presentada por **TREN DE OCCIDENTE S.A.** a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.

5. Sobre la “Excepción de transacción”, señala que no es jurídicamente admisible que la entidad Convocada alegue que los efectos del Contrato de Concesión eran infinitos o hasta tanto efectivamente se solucionaran los inconvenientes con el tramo Cartago – La Felisa, puesto que el Contrato de Transacción bajo ningún caso constituye transacción alguna sobre las pretensiones que sustentan la presente acción.

Indica que respecto de tales pretensiones no se reúnen los requisitos que sobre el particular ha establecido la Corte Suprema de Justicia para que puede hablarse de transacción: existencia de un derecho dudoso o relación jurídica incierta, voluntad de las partes de modificar o mudar la relación dudosa e incierta por una relación cierta y firme y el establecimiento de concesiones recíprocas.

En ese sentido señala que era obligación de la parte Convocada hacer entrega de los predios, para que **TREN DE OCCIDENTE S.A.** pudiera ejecutar las actividades de rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza – La Felisa. Ante el evidente, sistemático y suficiente incumplimiento

acreditado por parte de FERROVIAS respecto de la obligación de saneamiento de los bienes inmuebles objeto del corredor férreo y entrega, no resultaba judicialmente exigible el cumplimiento de obligación alguna, puesto que es precisamente la Convocada quien ha llevado con sus actos a un estado de no cumplimiento al contratista, de suerte que la presencia de estas situaciones que evidencian el rompimiento del equilibrio del Contrato de Concesión. De haberse hecho una extensión o adición del plazo, así debería constar en escrito formal, documento que no existe, por lo tanto, si bien el Contrato de Transacción produce efectos de cosa juzgada, será solo frente a los hechos transados y hasta el término de duración del contrato, es decir, no puede tener un objeto ilimitado en el tiempo, por lo que **TREN DE OCCIDENTE S.A.** se encuentra facultado para reclamar los efectos negativos de los nuevos incumplimientos de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** verificados a partir del 5 de agosto de 2005 pero que iniciaron desde la firma del contrato.

6. Sobre la “Excepción de falta de integración del Contradictorio, por subsistir un vínculo sustancial y contractual entre el Concesionario cedente Tren de Occidente S.A. y El Concesionario Ferrocarril del Oeste S.A.”, advierte que en el presente proceso se persiguen unas pretensiones que en nada afectan la concurrencia o no al proceso de la sociedad FERROCARRIL DEL OESTE S.A., puesto que el objeto de la controversia no tiene relación sustancial alguna frente a las obligaciones cedidas y las pretensiones presentadas por **TREN DE OCCIDENTE S.A.** se refieren a los perjuicios causados a esta sociedad como consecuencia de los incumplimientos de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, de manera única y exclusiva, a las obligaciones vigentes entre las partes en el tramo Zaragoza – La Felisa y las actividades de rehabilitación, reconstrucción y construcción de dicho corredor, actividades que solo están a cargo de **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, tal y como consta en la Cláusula cuarta del contrato de cesión.

Agrega que no fue la intención primigenia de las partes acordar solidaridad, y el Otrosí 15 en principio ha debido limitarse a la mera aprobación del negocio y no introducir modificaciones a la voluntad de las partes, que la existencia de solidaridad no implica la existencia de un litisconsorcio necesario y que en realidad no estamos en presencia de un litisconsorte necesario, sino facultativo.

7. Sobre la “Excepción de contrato no cumplido por parte de la Sociedad Tren de Occidente S.A.” aborda los aspectos vinculados con la expedición de la Resolución No. 386 de 2010 y 508 del mismo año, por parte del entonces INCO, los atrasos en la ejecución de actividades, no afectadas por predios- planta de trituración y la alegada responsabilidad compartida en la adquisición de predios.

Sobre lo primero indica que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, que la Convocada pretende traer a colación un hecho independiente y que a la fecha se encuentra bajo estudio de la justicia de lo Contencioso Administrativo. Respecto de los atrasos en la ejecución de actividades que no dependían de predios, indica que suponer que existían incumplimientos de actividades que no dependían de predios, es desconocer por completo la forma de construcción de las vías férreas en donde, como lo indicó el testigo Irenarco Nivia, las actividades se desarrollan sobre la misma vía férrea, incluso el transporte del material; y que este aspecto es concordante con lo dictaminado por el perito técnico y con la experticia rendida por los ingenieros Holbert Corredor y Richard Bayona.

Agrega que no se indica con claridad cuáles son esas actividades que se alega no dependían de predios, afirmación que también desconoce la ocurrencia de los derrumbes causados por la ola invernal 2010 -2011.

Sobre las actividades de instalación de planta trituradora dice que tal y como consta en el cronograma de obra – plan de rehabilitación de la Red Férrea- la

actividad relativa al montaje de la referida trituradora, estaba determinado para que iniciara el 15 de enero de 2011 al 8 de marzo de 2011, hecho ratificado por los expertos Holbert Corredor y Richard Bayona, época en que ya eran evidentes los efectos de la ola invernal.

Se pregunta cómo se pretendía que pese a no contar con el corredor en su totalidad, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** debía ejecutar la actividad de manera antieconómica, pues debía habilitar el carreteable para instalar la Trituradora, montarla y desde la fecha montaje, efectuar gastos de vigilancia y manutención, ya que no podía explotar balasto hasta tanto no se tuviera certeza de la posibilidad de riego del mismo y concluye que el cumplimiento de una obligación debe exigirse en las condiciones en que nació a la vida jurídica, de lo contrario su naturaleza cambia, y debe someterse al estudio de las circunstancias propias para así determinar si es viable honrarla o no.

Sobre las actividades de nivelación, nivelación definitiva y verificación final indica que estas actividades están referidas al riego de balasto, lo cual ocurre sobre maquina especializada; que los testigos en audiencia del 16 de agosto de 2013 describieron ampliamente que debía correr sobre la misma vía férrea, utilizando entre otras aquella denominada “Balastera”, cuando el corredor estaba cortado por las invasiones, la falta de predios y los 18 puntos críticos causados por la ola invernal.

En cuanto a la alegada responsabilidad compartida en la adquisición de predios, se remite a la Cláusula tercera del Contrato de Transacción, relativa a las obligaciones del Concesionario, para advertir cómo la obligación contemplada en el párrafo primero se refiere a actuar de manera conjunta en la restitución de las áreas afectadas y que el párrafo segundo se refiere a la gestión predial, partiendo del supuesto que aquello estipulado en el párrafo primero no sea viable –restitución – se procederá a la construcción de las variantes, donde la

obligación de predios es única y exclusivamente de la Concedente, incluso, refiriéndose de manera expresa a cuáles eran las obligaciones propias de **TREN DE OCCIDENTE S.A.**: realizar los estudios, obras civiles, licencia ambiental y permisos; y toda las actividades requeridas para construir las variantes férreas.

Hace mención al Documento CONPES 3107 sobre “política de manejo de riesgo Contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura”, donde claramente señala, que para el tipo de concesión aplicable, resulta que el riesgo predial es de la entidad contratante.

Dice que mediante el Contrato de Transacción se pretendió dar solución a un conflicto existente, incluyéndose ahora sí, la necesidad de que la entidad asumiera la obligación de entregar predios, para lo cual la Convocante, compartió ese riesgo esperando un tiempo prudencial, el de duración del Contrato de Transacción – hasta el año 2005 – pero aun así la entidad no cumplió, se prorrogó nuevamente la obligación con la actualización del plan de obras y el contrato de cesión, y aun así la entidad no cumplió con su deber y no hizo uso de sus poderes para obtener los predios, como lo menciona el documento CONPES.

Sobre el Colapso del Puente Otún expresa que las obligaciones de **TREN DE OCCIDENTE S.A.** están circunscritas única y exclusivamente a lo estipulado en el Contrato de Concesión y a las actividades programadas mediante el Plan de Obras de Rehabilitación, resultando que las actividades adicionales o diferentes al reforzamiento de un estribo del puente, nunca hicieron parte de los compromisos adquiridos.

Aborda el tema relacionado con las condiciones de la excepción de contrato no cumplido y aborda el concepto del principio de planeación para concluir que la entidad Convocada lo desatendió e hizo más gravoso el riesgo para la

Convocante, dando lugar a que incluso 12 años después de haber precavido un litigio, no se haya culminado el Plan de Obras de Rehabilitación y la comunidad no pueda gozar de un servicio, asunto que no es imputable bajo ninguna circunstancia, al contratista tal y como quedó evidenciado en este proceso.

8. A propósito de la “Excepción genérica” se refiere a la prueba de oficio decretada por el Tribunal mediante Auto No. 20 del 28 de febrero de 2014, previo memorial del apoderado de la parte Convocada – del 24 de febrero de 2014, consistente las providencias del 13 de mayo de 2004 y 4 de septiembre de 2003 proferidas por la Sala Disciplinaria y la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, respectivamente, dentro del expediente con radicación No. 161-02040 (165-075078/02), que tuvo como disciplinado a DIEGO LUIS NOGUERA RODRÍGUEZ, en su condición de Presidente de FERROVÍAS. Al respecto expresa que se desconoce exactamente cuál es la intención de la Convocada o cuál es el asunto sobre el cual exactamente debe controvertirse la referida prueba. Sin embargo indica que en tales documentos existen elementos que sustentan lo perseguido por la sociedad **TREN DE OCCIDENTE S.A.**

9. Aborda más adelante sus conclusiones frente a lo pretendido en lo atinente al incumplimiento de la obligación por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** de entregar los predios para la Reconstrucción, Rehabilitación y/o Construcción del corredor Férreo Zaragoza – La Felisa. En ese sentido, sobre la adquisición de predios, señala que tal fue el incumplimiento por parte de la Convocada que desde el momento de la celebración del Contrato de Transacción, demoró en dar inicio a sus compromisos y que a pesar de constituir un elemento de gran envergadura para la ejecución del Contrato de Concesión, la entidad no actuó en pro de los intereses fines propios del contrato.

En apoyo a su posición invoca los textos contractuales, los oficios aportados con la demanda, las pruebas periciales, el informe de la Súper Intendencia de Puertos y Transporte y los certificados de Tradición aportados al proceso por el Ingeniero Marco Amaya.

10. Sobre la afectación al método constructivo previsto para la ejecución del Contrato indica que se previó una ejecución lineal y continua, el cual exigía al Concesionario contar con la plena disponibilidad de los predios. Dice que el incumplimiento de la Convocada le ocasionó a la Convocante, no solo la imposibilidad de llevar a feliz término la ejecución de las obras contratadas, sino además mayores costos de administración, *stand by* de maquinaria, gastos de vigilancia, entre otros. Invoca como pruebas el dictamen técnico y la experticia elaborada por los Ingenieros Holbert Corredor y Richard Bayona.

11. Al analizar sus conclusiones sobre la declaratoria de terminación anticipada del Contrato, como consecuencia de los incumplimientos graves y falta de saneamiento del tramo Zaragoza – La Felisa, advierte que las razones que dieron lugar a ello fueron: (i) no hacer entrega del corredor saneado, específicamente el trayecto Cartago – La Felisa, en los términos del Contrato de Transacción del 31 de Julio de 2002 que suscribiera **TREN DE OCCIDENTE S.A.** con la entonces FERROVIAS; (ii) el incumplimiento en la entrega de los predios necesarios para la construcción de la variante denominada Cartago y la entrega parcial por parte de la Convocada de los predios necesarios para la construcción de la variante de Caimalito; y (iii) la gestión ineficiente e ineficaz de parte de la Convocada frente a la ola invernal del 2010-2011, referente a la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de la red pacífica.

12. Sus conclusiones relativas a que **TREN DE OCCIDENTE S.A.** no está obligada a la ejecución de las actividades pendientes del cronograma vigente, en

especial aquellas relacionadas con las variantes y el resto de obligaciones contractuales, las funda en una manifestación del principio denominado “Excepción de Contrato no Cumplido”.

13. Posteriormente, con apoyo en algunas pruebas y particularmente en la prueba pericial financiera, se refiere a las consecuencias de los anteriores incumplimientos imputados, puntualizando los referentes a la mayor cantidad de mantenimientos, al costo de vigilancia de la maquinaria y material dispuesto en el Corregimiento de Arauca, al *stand by* de personal y a los gastos de administración y a los gastos e inversiones en infraestructura, cuya reclamación económica puntualiza en cifras concretas.

14. Y, más adelante, puntualiza su reclamo por los rendimientos que han debido generar las utilidades del Contrato y la indemnización reclamada por la terminación anticipada para, finalmente, pedir que se ordene la liquidación del Contrato en el estado en que se encuentre, incluyéndose consecuentemente los valores que del presente proceso se deriven.

15. La Convocante culmina haciendo referencia a los hechos probados de cara a sus pretensiones subsidiarias y sus conclusiones generales.

## **5.2 Alegato de la Parte Convocada.**<sup>39</sup>

1. Señala que se encuentran probados en el proceso los siguientes hechos: (i) que entre las partes se celebró el Contrato de Concesión; (ii) que el 31 de julio de 2002, se suscribió el denominado “Contrato de Transacción entre la Empresa de Vías Férreas FERROVÍAS (hoy AGENCIA) y el Concesionario **TREN DE OCCIDENTE S.A.** (TDO) para la entrega del corredor férreo tramo Cartago – La Felisa”; (iii) que **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, con la aceptación de la Agencia,

---

<sup>39</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 150 a 225.



cedió a FERROCARRIL DEL OESTE (hoy FERROCARRIL DEL PACÍFICO SAS) el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98; (iv) que el 22 de noviembre de 2012 terminó el plazo contractual previsto en el otrosí 15 de 2008 y en sus ampliaciones; (v) que al 22 de noviembre de 2012, al terminar el plazo contractual previsto en el otrosí 15 de 2008 y sus ampliaciones, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** no cumplió sus obligaciones contractuales, lo cual lo soporta con los Informes de Interventoría y comunicaciones cruzadas entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, cuyos textos cita de manera detallada. Con base en ello pide declarar probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, particularmente las de “Inexistencia de incumplimiento” por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, “Transacción” y “Contrato no Cumplido” por parte de **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y en consecuencia, desestimar las pretensiones de la demanda.

2. La Convocada efectuó un análisis puntual de la prueba documental, testimonial y pericial, para pedir la prosperidad de las excepciones propuestas.

3. A continuación y con base en tal análisis expuso las siguientes conclusiones:

3.1. Que en virtud del Contrato de Concesión FERROVÍAS (hoy ANI) entregó en concesión a la Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico (hoy **TREN DE OCCIDENTE S.A.**) la infraestructura de transporte férreo de la Red Pacífica, comprendida entre las estaciones de Buenaventura y La Felisa y el ramal Zarzal – La Tebaida – Prominex, para su rehabilitación, conservación, operación y explotación, así como la cesión del derecho de paso de un tramo de la línea en la ciudad de Cali; y la concesión para construcción, operación y mantenimiento de una terminal de transferencia de carga en La Felisa, por el término de treinta (30) años. Dice que el trayecto inicialmente cedido al Municipio de Cali fue recibido por FERROVÍAS y se entregó al Concesionario, según consta en el Acta

No. 49 del 20 de diciembre de 2002. Posteriormente, el día 10 de julio de 2008, la Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico (hoy **TREN DE OCCIDENTE S.A.**) y la sociedad FERROCARRIL DEL OESTE S.A. (hoy FERROCARRIL DEL PACÍFICO SAS) celebraron el Contrato de Cesión, en el cual se estipuló expresamente que **TREN DE OCCIDENTE S.A.** continuaba a cargo de la *“rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa”*.

3.2. Que mediante el Otrosí número 3 al Contrato de Concesión suscrito el 14 de marzo de 1999, se hizo un reconocimiento explícito de la existencia de dificultades en el proceso de entrega de la infraestructura vinculada a la concesión, al encontrarse afectado el corredor férreo objeto de concesión por invasiones ilegales, además de expropiaciones de un indeterminado número de predios en el municipio de Pereira en la zona de Caimalito y Puerto Caldas, en situación conocida por ambas partes, por lo cual estas acordaron celebrar un Contrato de Transacción el 31 de julio de 2002, cuyo objeto era *“(…) dar una satisfactoria solución al conflicto que se está presentando respecto de la entrega del trayecto Cartago- La Felisa, por las razones señaladas en los considerados, precaviendo así un eventual litigio y, como consecuencia de lo anterior, la ejecución de una obra para la construcción de la nueva vía en los 113 km de extensión del tramo Cartago- La Felisa (…)”*.

Pone de presente que en el párrafo primero de la Cláusula Tercera del Contrato de Transacción en mención, se estipuló:

“PARÁGRAFO PRIMERO: Al encontrarse afectado el corredor férreo objeto de concesión por invasiones ilegales a lo largo de su corredor, además de expropiaciones de un indeterminado número de predio por el municipio de Pereira en la zona de Caimalito y Puerto Caldas, en situación conocida por ambas partes, TDO acepta recibir el tramo en las condiciones en que se encuentra y, así mismo, consiente en esperar por su cuenta y riesgo la labor que ejecute FERROVIAS conjuntamente con el concesionario para conseguir la restitución de las áreas afectadas para su rehabilitación y/o construcción y operación comercial y renuncia, por lo tanto, a reclamaciones que por efecto de la demora en la entrega de estas áreas del corredor lo afecten en cualquier forma o sentido”.

Agrega que la simple lectura del Parágrafo transcrito permite llegar a las siguientes conclusiones:

- La afectación del corredor férreo por invasiones, además de las expropiaciones de un indeterminado número de predios en las zonas a las cuales se refiere el Parágrafo, era conocida por ambas partes.
- **TREN DE OCCIDENTE S.A.** aceptó recibir el tramo en las condiciones en que se encontraba.
- **TREN DE OCCIDENTE S.A.** consintió en esperar por su cuenta riesgo la labor que ejecutara FERROVIAS (hoy ANI) conjuntamente con **TREN DE OCCIDENTE S.A.** para conseguir la restitución de las áreas afectadas para su rehabilitación y/o construcción y operación comercial.
- En el Parágrafo en mención no se estipuló un término para que se logre la restitución de las áreas afectadas para su rehabilitación y/o construcción.
- **TREN DE OCCIDENTE S.A.** renunció a reclamaciones que por efecto de la demora en la entrega de estas áreas del corredor lo afecten en cualquier forma o sentido.

Indica que, en la cláusula transcrita, el Contrato de Transacción en mención prevé un plazo de duración, pero que también es necesario resaltar que las partes estipularon en el mismo, que dicho plazo se podría extender por todo el tiempo que requiriera la solución de reubicaciones o variantes al tramo expropiado por el municipio de Pereira y todas las que se requirieran a lo largo del corredor férreo.

Por lo anterior concluye que **TREN DE OCCIDENTE S.A.** era conocedora de la situación en que se encontraba la vía férrea en el tramo Cartago – La Felisa, sabía y era consciente de que las soluciones implicaban la participación de terceros y consintió en esperar, por su cuenta y riesgo, el resultado de las gestiones que ejecutara la entidad contratante conjuntamente con él mismo para restituir el corredor férreo. Además, era conocedor de que la solución a las invasiones del corredor podría ser la construcción de variantes, comprometiéndose a realizar todas las actividades requeridas para construir las variantes férreas que permitieran la continuidad técnica – operativa eficiente de la línea férrea concesionada.

Agrega que **TREN DE OCCIDENTE S.A.** debía asumir la totalidad de los riesgos derivados del Plan de Obras de Rehabilitación y esperar por su cuenta y riesgo el tiempo que demorara la entrega de los predios.

3.3. Que al vencimiento del plazo para la ejecución del Plan de Obras de Rehabilitación, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** no cumplió sus obligaciones contractuales, como lo demuestran de manera contundente los Informes de Interventoría aportados.

Al efecto, pone de presente que mediante oficio INCO 20103070175101 del 17 de diciembre de 2010, teniendo en cuenta el cronograma presentado por **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, que incluyó la adquisición de predios faltantes necesarios para terminar la construcción de las variantes de Cartago y Caimalito a cargo del Estado y el suministro y colocación de balasto a cargo de **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, el INCO (hoy ANI) le otorgó a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** plazo hasta el 22 de noviembre de 2012, para concluir el Plan de Obras de Rehabilitación, y que al vencimiento de dicho plazo no se terminaron las obras requeridas para operar el tramo Cartago – La Felisa, principalmente por las siguientes razones:

- Se presentaron atrasos en la ejecución de actividades no afectadas por predios, siendo las más críticas las que dependen de la puesta en funcionamiento de la Planta de Trituración para la colocación del Balasto, la cual debería estar en funcionamiento desde el mes de marzo de 2011 y dependía de la gestión de **TREN DE OCCIDENTE S.A.**

- Hizo falta contar con la disponibilidad de algunos predios para construir las variantes de Cartago y Caimalito, responsabilidad que es conjunta entre **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, de conformidad con lo estipulado en el párrafo primero de la Cláusula Tercera del Contrato de Transacción.

4. Sobre el tema de la ola invernal de los años 2010 y 2011, a que alude **TREN DE OCCIDENTE S.A.** en la demanda y en los documentos allegados al proceso para justificar la no ejecución de obras que hacían parte de sus obligaciones contractuales, señala que el Estado colombiano definió a través de varias disposiciones los procedimientos a seguir para obtener beneficios destinados a compensar los efectos producidos por la misma. En segundo lugar, que la Cláusula 67 del Contrato de Concesión contiene la estipulación que resulta aplicable a esta situación, en los siguientes términos:

“CLAUSULA 67. RIESGOS DEL CONTRATO ASUMIDOS POR FERROVIAS

Únicamente en los casos en que la infraestructura concesionada sea afectada por actos de violencia o de terrorismo, ataques de terceros a la infraestructura, o por desastres naturales tales como sismos, avalanchas, inundaciones o desprendimientos, FERROVIAS compartirá el riesgo con EL CONCESIONARIO, siempre que EL CONCESIONARIO hubiera adelantado razonablemente y con suficiente diligencia las obras requeridas, de manera que el desastre no hubiera podido ser minimizado con obras de ingeniería inherentes a la labor de rehabilitación o conservación que le corresponda, caso en el cual FERROVIAS compartirá el riesgo con el CONCESIONARIO.

En tales casos, FERROVIAS reembolsará al CONCESIONARIO, en valor presente al momento del pago, los costos de la reposición de la infraestructura, y de reparación de los daños directos que la lleguen a afectar, pero por ninguna razón asumirá el valor del lucro cesante que sufra EL CONCESIONARIO por la suspensión de las operaciones, ni por ninguna otra causa.

FERROVIAS no asumirá en ningún caso el riesgo geológico, ni ningún otro riesgo que no esté referido a la presente cláusula, y así mismo, por ninguna razón asumirá el valor del daño emergente o del lucro cesante que sufra el CONCESIONARIO por la suspensión de sus operaciones ni por ninguna otra causa”.

Al efecto dice que **TREN DE OCCIDENTE S.A.** no dio cumplimiento a lo estipulado en la cláusula transcrita, especialmente porque no anexó los diseños de las obras de emergencia, como tampoco los esquemas básicos y que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y la Interventoría Consorcio Ferropacífico reiteraron en varias ocasiones a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** la necesidad de presentar la información de las afectaciones debido a la ola invernal, obligación que no cumplió con el lleno de los requisitos.

#### **6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**<sup>40</sup>

El señor agente del Ministerio Público estima que el Tribunal es competente para resolver la controversia ya que al momento de interponer la demanda **TREN DE OCCIDENTE S.A.** continuaba vinculado al Contrato de Concesión.

Estima que los términos del Contrato de Transacción suscrito entre las partes revelan, no sólo que las partes transigieron sobre las diferencias presentadas durante la ejecución del Contrato, en lo que tiene que ver con la entrega de los predios en el trayecto Cartago – La Felisa, sino que el trayecto fue recibido por la Convocante en las condiciones en que se encontraba, asumiendo por su cuenta y riesgo la espera de las labores que conjuntamente debía atender con FERROVIAS, para conseguir la restitución de las áreas afectadas, asumiendo esta última todos los riesgos inherentes a su rehabilitación, construcción y explotación económica.

Por lo anterior, no se puede argumentar que las controversias previas a la transacción recobran vida, desconociendo los efectos que la ley reserva a dicho

---

<sup>40</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 226 y siguientes.

negocio jurídico, razón por la cual considera que la pretensión sobre el incumplimiento debe desestimarse.

En su parecer, la Convocante hizo manifestaciones liberatorias de responsabilidad contractual de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y no puede venirse contra su propios actos para desconocer su conformidad con la atención de las prestaciones por parte de la Convocada o para alegar incumplimientos derivados del Contrato de Cesión y de la concesión cuando con posterioridad, en el Contrato de Cesión, manifestó expresamente que la Concedente había cumplido cabalmente con todas las obligaciones a su cargo.

Agrega que no se logró demostrar las actividades realizadas por **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, en atención al compromiso adquirido, para atender conjuntamente la restitución de los predios, de donde ello resulta liberatorio de responsabilidad a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.

Expresa que al no ejecutar el Concesionario las acciones necesarias para mitigar el riesgo relativo a la ola invernal, incumplió con las obligaciones que se encontraban a su cargo, por lo que, además de asumir el riesgo de la afectación del corredor tal y como lo dispone la Cláusula 67 del Contrato, el fundamento para la terminación anticipada del Contrato queda desvirtuado.

Sobre la pretensión primera subsidiaria relativa al incumplimiento en general de las obligaciones por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, estima que es incompleta e infundada, pues no se dice cuáles obligaciones del Contrato de Concesión incumplió la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, lo cual impide al Tribunal verificar en general el cumplimiento o incumplimiento de todas las prestaciones a cargo de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.

Sobre la liquidación del Contrato de Concesión señala que la Convocante carece de título suficiente para solicitarla ya que afectaría derechos contractuales y de crédito de FERROCARRIL DEL OESTE en el Contrato de Cesión, quien tiene una participación mayor en el Contrato que **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, a la vez que significaría la imposibilidad de ocurrencia de la condición suspensiva a la que está sujeta la cesión del Contrato de Concesión, respecto del tramo Zaragoza – La Felisa, tornándola imposible de cumplir o fallida, por lo que considera que no es procedente.

Para el señor agente del Ministerio Público no existe fundamento para terminar unilateralmente el Contrato de Concesión celebrado, en la medida en que la parte que ejerció la facultad de disolver el vínculo contractual anticipadamente no dio cumplimiento a sus obligaciones.

#### **7. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR.**

Habiéndose iniciado este proceso arbitral después del 12 de octubre de 2012 con la presentación de la demanda arbitral el 16 de noviembre de 2012, el mismo se regula por la Ley 1563 de 12 de julio de 2012.<sup>41</sup>

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite *“al cual se adicionarán los días de*

---

<sup>41</sup> “ARTÍCULO 119. VIGENCIA. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia. Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores.” Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera: “Esto significa, entonces, que los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012.” En lo pertinente, también se regula por la Ley 1437 de 2011 según su art. 308.



*suspensión”- e “interrupción por causas legales”- , sin exceder la solicitada de consuno por las partes de un “tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días”.*

Las partes de consuno en la audiencia de conciliación celebrada el 17 de junio de 2013 al tenor del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, convinieron prorrogar el término para la duración del proceso en seis (6) meses más a partir de su vencimiento.

La primera audiencia de trámite, inició y culminó el 24 de julio de 2014<sup>42</sup>, habiéndose suspendido durante 163 días calendario por decisión conjunta de las partes, así: entre el 25 de julio y el 14 de agosto de 2013; entre el 17 de agosto y el 29 de septiembre de 2013; entre el 3 de diciembre de 2013 y el 15 de enero de 2014; entre el 21 de junio y el 20 de julio de 2014; entre el 31 de julio y el 13 de agosto de 2014; y entre el 15 y el 24 de agosto de 2014.

El término inicial de seis meses debe calcularse tomando en consideración a 109 días calendario de suspensión del proceso, lo que determina que el vencimiento inicial era el 13 de mayo de 2014. Sin embargo, la prórroga de seis (6) meses, contada desde entonces, hizo que el término se extendiera hasta el 13 de noviembre de 2014. No obstante, las nuevas suspensiones acordadas por las partes en 54 días calendario, extienden el plazo final hasta el 6 de enero de 2015.

En este orden de ideas, el laudo se profiere en forma oportuna, dentro del plazo establecido por la ley.

---

<sup>42</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 443 a 453.

## **2° CONSIDERACIONES.**

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará:

- I. Los presupuestos procesales.
- II. Las excepciones de inexistencia del pacto arbitral, falta de legitimación en causa e integración del contradictorio.
- III. La tacha de sospecha del testigo.
- IV. Las pretensiones y restantes excepciones perentorias.
- V. Las “observaciones” al juramento estimatorio.
- VI. Las costas.

### **I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.**

Los “presupuestos procesales”<sup>43</sup> concurren a plenitud en el proceso.

Las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por sus representantes legales y sus apoderados judiciales ostentan capacidad procesal, habilidad dispositiva y, en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación, *rectius*, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral en los contratos estatales<sup>44</sup> (artículos 116 de la Constitución Política; 8° y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de Agosto de 1954.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-059 de 1993; C-544 de 1993, T-538 de 1994; Sentencia T-04 de 1995, C-037 de 1996; T-268 de 1996; C-215 de 1999; C-163 de 1999; SU-091 de 2000, y C-330 de 2000.

1996; 3° de la Ley 1285 de 2009; 3° y 111 de la Ley 446 de 1998, 70 de la Ley 80 de 1993).<sup>45</sup>

El Tribunal es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda arbitral, su contestación y excepciones perentorias por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y *stricto sensu* de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 celebrado el 18 de diciembre de 1998.

En idéntico sentido, el Tribunal, juez natural del contrato por expresa disposición constitucional y específica habilitación de las partes, se instaló legalmente, asumió competencia, decretó y practicó pruebas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso, no observa causa de nulidad en la actuación y el laudo en derecho es oportuno.

Presentada la demanda arbitral el 16 de noviembre de 2012, estando vigente, en ejecución y sin liquidación definitiva el Contrato de Concesión No 09-CONP-98 celebrado el 18 de diciembre de 1998<sup>46</sup> generatriz de la *Litis*, es evidente el ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales dentro del término legal (artículo 164, numeral 2, literal j), Ley 1437 de 2011)<sup>47</sup>, lo cual descarta la caducidad.

---

<sup>45</sup> Los arts. 70 a 72 de la Ley 80 de 1993, 111 a 132 de la Ley 446 de 1998, 111 a 231 del Decreto 1818 de 1988, entre otros, fueron derogados por la Ley 1563 de 2012, art. 118, aplicable sólo “a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”, el 12 de Octubre de 2012 (art. 119, ejusdem).

<sup>46</sup> La duración del Contrato No. 09-CONP-98 celebrado el 18 de diciembre de 1998, se estipuló en treinta (30) años contados desde el acta de iniciación (Cláusulas 5 y 6).

<sup>47</sup> De conformidad con el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, “El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.” El artículo 167, numeral 2, literal j) dispone la “Oportunidad para presentar la demanda” en las acciones relativas a contratos.

## II. LAS EXCEPCIONES DE INEXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO.

Por elementales razones lógicas, se decide en primer término la excepción de “INEXISTENCIA DE CLÁUSULA ARBITRAL ENTRE LA SOCIEDAD CONVOCANTE Y LA ENTIDAD CONVOCADA” porque, de configurarse, sobrarían otras consideraciones frente a las pretensiones y las restantes excepciones, en la medida que comportaría la carencia de jurisdicción y, por tanto, de competencia para conocer de este asunto.

Por su argumentación similar, ese medio exceptivo será estudiado con las denominadas excepciones de “FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA DE LA SOCIEDAD CONVOCANTE” y “FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO, POR SUBSISTIR UN VÍNCULO SUSTANCIAL Y CONTRACTUAL ENTRE EL CONCESIONARIO CEDENTE TREN DE OCCIDENTE S.A. Y EL CONCESIONARIO CESIONARIO FERROCARRIL DEL OESTE S.A.”.

### 1. La sustentación de las excepciones.

Para la excepcionante la cláusula arbitral entre la Convocante y la entidad Convocada es inexistente. Al tenor del artículo 5º de la Ley 1563 de 2012, “*la cesión de un contrato que contenga un pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria (...)*” y **TREN DE OCCIDENTE S.A.** cedió a FERROCARRIL DEL OESTE S.A. el Contrato de Concesión, según el Contrato de Cesión suscrito el 10 de julio de 2008 y el Otrosí No. 15 al Contrato de Concesión firmado en esa fecha con el INSTITUTO NACIONAL DE

CONCESIONES, INCO, sustituido por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.

Por idéntica razón, agrega, al ceder la Parte Convocante el Contrato de Concesión “con autorización de mi representada la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, es claro, como lo expuse al formular la excepción inmediatamente anterior, que carece de legitimación en la causa para incoar la demanda que ha dado origen al presente Proceso”, pues la “cesión de los contratos supone e incluye el traspaso de la posición de un contratante a un tercero, quien en adelante pasa a ocupar la posición del cedente y por ende, comienza a ser titular de todos sus derechos y obligaciones”, conforme al artículo 895 del Código de Comercio “la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato (...)”, por lo cual el “cedente pierde el derecho de acción frente al contratante cedido una vez perfeccionada la cesión del contrato, como ocurrió en el asunto que nos ocupa”, de donde “no es procedente reconocer legitimación activa al concesionario Cedente TREN DE OCCIDENTE S. A., sociedad convocante de la demanda que ha dado origen al presente Proceso”.

En cualquier caso, por la cesión del Contrato de Concesión “existe un claro vínculo sustancial entre los dos concesionarios, CEDENTE y CESIONARIO a tal punto que, como ya se indicó, en el numeral PRIMERO del Otrosí No. 15 del 10 de julio de 2008, el INCO (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA) reconoció la cesión total del contrato de concesión, conservando la solidaridad entre cedente y cesionario por el término de cinco (5) años en cuanto al cumplimiento de obligaciones a su cargo y que durante el término concedido para la ejecución del Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción y mientras estas culminan, le serán aplicables a TREN DE OCCIDENTE S.A. la totalidad de las disposiciones contractuales relacionadas con las obligaciones a su cargo”, de donde, “mal podría el Tribunal proferir el Laudo y pronunciarse

sobre las pretensiones formuladas en la demanda arbitral, particularmente sobre la pretensión declarativa distinguida como “segunda”, encaminada a que se *DECLARE* que ‘la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI dio lugar a la terminación anticipada del contrato’, sin hacer comparecer al Proceso Arbitral para garantizar el debido proceso al Concesionario CESIONARIO FERROCARRIL DEL OESTE S.A. (hoy FERROCARRIL DEL PACÍFICO)”.

## **2. La oposición a las excepciones.**

La Parte Convocante se opuso a las anteriores excepciones, y pidió desestimarlas.

En su sentir, la cesión realizada por **TREN DE OCCIDENTE S.A.** a FERROCARRIL DEL OESTE S.A. fue parcial y no total. La cesión se acordó en dos etapas; por la primera, la cesionaria al instante de su celebración recibió irrevocablemente “para su operación, mantenimiento y conservación, el corredor de 380 Kilómetros con todas sus anexidades, comprendidos entre los Municipios Buenaventura – Zaragoza y Zarzal – La Tebaida”, y, la segunda concerniente a la “Rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa” quedó a cargo de la cedente mientras pende la condición suspensiva de “ser terminada por LA CEDENTE, y verificada su ejecución total de acuerdo con el plan de obras por la Interventoría designada por el INCO”.

También, el laudo arbitral pronunciado el 20 de mayo de 2011, entre las partes y respecto del mismo Contrato de Concesión, reconoció el pacto arbitral sin objeción de la Parte Convocada, quien además permitió y reconoció su calidad de concesionario al suscribir el acuerdo No. 63 del 27 de febrero de 2009, el Otrosí No. 14 del 10 de julio de 2008 modificadorio del pacto arbitral, incluso acordó en el punto No. 4 del Otrosí No. 15 del 10 de julio de 2008 “que **TREN DE OCCIDENTE** continúa vinculado al Contrato de Concesión de la Red Férrea

*del Pacífico y a cargo del cumplimiento de las obligaciones del Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción, hasta el 18 de diciembre de 2009 o hasta la manifestación de conformidad por parte de la Interventoría” y que “[d]urante el término concedido para la ejecución del Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción y mientras éstas culminan, serán aplicables a TREN DE OCCIDENTE S.A. la totalidad de las disposiciones contractuales relacionadas con las obligaciones que continúan a su cargo”, y en tanto la terminación de la rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza - La Felisa devino imposible por el incumplimiento de la Convocada, nunca operó la cesión total del contrato. Entonces, al ser parte del Contrato de Concesión y estar estipulada en éste la cláusula compromisoria, la totalidad de controversias surgidas entre **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** (antes INCO) deberán someterse al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento.*

Adicionalmente, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho conocido actualmente por el Juzgado Primero Administrativo de Pereira – Risaralda No. 2013-077, cuya demanda fue admitida mediante auto del 17 de abril de 2013, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** interpuso la excepción de falta de jurisdicción por la existencia de la cláusula arbitral pactada en la cláusula 132 del Contrato de Concesión.

Considerada la cesión parcial del Contrato de Concesión y su carácter de concesionaria en lo referente a los derechos y obligaciones vinculados a la rehabilitación, reconstrucción y construcción del Tramo Zaragoza – La Felisa, tiene legitimación en la causa para exigir la reparación de perjuicios por el incumplimiento.

Al versar esta controversia sobre los incumplimientos de la Parte Convocada y los perjuicios causados, *“frente, de manera única y exclusiva, a las obligaciones*

vigentes entre las partes en el tramos Zaragoza – La Felisa y las actividades de rehabilitación, reconstrucción y construcción de dicho corredor, actividades que solo están a cargo de TDO, tal y como consta en la cláusula cuarta del contrato de cesión”, el legítimo contradictor está debidamente constituido, sin que la cesionaria tenga esa calidad, porque la *litis* planteada no atañe a la cedente y la cesionaria, ni a la relación sustancial entre éstas, y la solidaridad acordada “no implica la existencia de un *litisconsorcio necesario*” según precisó el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de julio de 2009, “sin que le esté dada la facultad al Juez de conocimiento de vincular de forma oficiosa o a petición de parte -como demandados principales-, a sujetos no citados por aquella”.

Precisa, **“que la pretensión de declarar la terminación del contrato, se refiere a todo aquello que tenga que ver con la vinculación exclusiva de Tren de Occidente S.A. frente a sus obligaciones de rehabilitación, reconstrucción y construcción del Tramo Zaragoza - La Felisa, y no de lo que le corresponda a Ferrocarril del Pacífico S.A.”** (Se subraya)

Agrega, que en comunicación No. CFP-G-1865 del 31 de marzo de 2013, la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A., reiteró a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, “que las obligaciones de operación, conservación y mantenimiento de este corredor férreo [tramo Zaragoza – La Felisa] **no surgirán a la vida jurídica hasta tanto no se realice la entrega del corredor rehabilitado y reconstruido por el concesionario** y/o constructor designado por la Agencia Nacional de Infraestructura, con la expresa manifestación de conformidad de la Interventoría.”, por todo lo cual, no se está “en presencia de un **Litisconsorte necesario**, sino facultativo”.



### 3. El concepto del Ministerio Público.

El Señor Procurador 11 Judicial Administrativo II, en su juicioso concepto, previa delimitación del litigio *“para el cual al efecto se integró el contradictorio con la demanda, a la que se opuso la convocada mediante la respectiva contestación y ésta última a su vez presentó las correspondientes excepciones de mérito”*, estudia detenidamente la jurisdicción y competencia arbitral, el pacto arbitral, la cesión de contrato, y concluye:

“En nuestro caso, el Agente Fiscal encuentra que todas las pretensiones se relacionan con el incumplimiento del negocio jurídico celebrado entre TREN DE OCCIDENTE S.A. en su condición de concesionario original y actual de un tramo de la red férrea concedida y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en su condición de concedente de la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de carga de la red pacífica. (...)

“A este respecto, el agente del Ministerio Público concuerda con las conclusiones iniciales del colegio arbitral en el auto No. 8 del 24 de julio de 2013 mediante el cual decidió sobre la competencia para conocer la controversia sometida a su examen (...).”

“Debe decirse que no sólo se encuentran de recibo las anteriores expresiones del Tribunal, que sirven en este momento para despachar de antemano negativamente las dos excepciones de que trata este aparte, sino que la contundencia de los hechos y circunstancias indican que la cesión fue apenas parcial y escalonada, en dos etapas, y que la misma no se había completado a la fecha de presentación de la demanda. En efecto, el contrato de cesión indica que TDO seguiría vinculado al contrato de concesión y como tal estaría obligado a ejecutar y cumplir las obligaciones derivadas del plan de obras de rehabilitación del corredor férreo entre Zaragoza – La Felisa, hasta el 18 de diciembre de 2009 o hasta la manifestación de conformidad por parte de la interventoría, tal como lo acordaron las partes en el Otrosí No. 15 del 10 de julio de 2008, mediante el cual la ANI aprobó la cesión contractual y en el cual se estableció adicionalmente en el párrafo primero de la cláusula cuarta que *“Durante el término concedido para la ejecución del Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción y mientras estas culminan, serán aplicables a TREN DE OCCIDENTE S.A la totalidad de las disposiciones contractuales relacionadas con las obligaciones que continúan a su cargo”*, entre las cuales se encuentran, en nuestro concepto, aquellas relativas a la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones aun existentes entre las partes, por el mecanismo previsto en el contrato, lo cual no se excluyó de la relación que continuó manteniendo TDO con la ANI, cuya bifurcación implica que exista la posibilidad de que no solo el obligado original, vinculado en virtud de su propia voluntad al contrato que contiene la cláusula compromisoria pueda hacer uso de ella, sino que también pueda hacerlo la entidad beneficiaria de la cesión parcial en virtud de la disposición legal invocada en la contestación de la demanda para resolver las posibles controversias que puedan surgir con la concedente (art. 5 de la Ley 1563 de 2012) con ocasión del contrato de concesión.

“Como corolario de lo anterior, el agente del Ministerio Público estima que comoquiera que TDO continúa vinculado al contrato de concesión por cuanto uno de los presupuestos para entender que tal vínculo con la ANI desapareció no se ha cumplido, como es la manifestación de conformidad del interventor con el cumplimiento de las obligaciones del Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción de que habla el Otrosí No. 15 mencionado previamente.

“De lo anterior, el Agente Fiscal estima que TDO se encontraba debidamente legitimado para demandar a la ANI en virtud de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de concesión No. 09-CONP-98 en tanto al momento de interponer la demanda continuaba vinculado a dicho contrato. Respecto entonces a la existencia de cláusula arbitral entre las partes y la posibilidad de que TDO pueda invocar la cláusula arbitral aludida para dirimir las controversias que se susciten entre esta sociedad y la ANI, en virtud de las obligaciones que parcial y temporalmente debe cumplir la demandante, el Ministerio Público estima que el Tribunal resulta competente para conocer de la controversia puesta en sus manos para su decisión.”

De cara a las pretensiones segunda, tercera y octava, *“sobre las cuales podría entenderse que fueron indebidamente formuladas por falta de legitimidad de TDO debido a los efectos que las mismas podrían tener sobre los derechos del cesionario de la concesión”*, considera que *“no deben prosperar en la medida en que quien las propone carece de título o derecho suficiente o legitimación para hacerlo, dado que, tal como están previstas, implican una declaración de carácter definitivo que abarca la totalidad del contrato de concesión, lo que podría afectar a Ferrocarril del Oeste S.A. en su condición de acreedor y titular de derechos derivados del contrato de concesión que le fue parcialmente cedido por el demandante y que podrían vulnerar derechos consolidados en cabeza suya”*, al tornar fallida e imposible la condición frustrando sus expectativas.

#### **4. Consideraciones del Tribunal.**

1. En la Cesión del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 del 18 de diciembre de 1998, suscrita el 10 de julio de 2008 por la Concesionaria **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y la sociedad **FERROCARRIL DEL OESTE S.A.**, se pactó:

“[...] **CONSIDERACIONES:** [...] 5. Que es posible realizar la **CESIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**, con fundamento en lo establecido en el Punto 3.17 del Pliego de Condiciones así: **“CESIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:** Toda cesión total o parcial del Contrato de Concesión por parte del **CONCESIONARIO** requerirá aprobación previa de **FERROVIAS**, la cual se subordinará a la evaluación de las condiciones técnicas y financieras del Cesionario, el que deberá acreditar las condiciones de experiencia y capacidad financiera que se requiere a los proponentes en la presente licitación” y lo estipulado en la Cláusula 98 del Contrato que establece: “Toda cesión total o parcial del Contrato por parte de **EL CONCESIONARIO** requerirá aprobación previa de **FERROVIAS** (hoy INCO). **FERROVIAS** se encontrará obligado a impartir tal autorización sin más condiciones, cuando el cesionario acredite la experiencia y

capacidad financiera que se requirió a los **PROPONENTES** en los términos de referencia de la licitación que dio origen al presente contrato”.

[...] Con fundamento en lo anterior, las Partes acuerdan las siguientes **CLÁUSULAS** particulares:

**“PRIMERA.- OBJETO DEL CONTRATO:** El objeto de este Contrato es la Cesión Irrevocable por parte de la **SOCIEDAD TREN DE OCCIDENTE S.A.**, en calidad de **CEDENTE**, a la **SOCIEDAD FERROCARRIL DEL OESTE S.A.**, en calidad de **CESIONARIA**, del **Contrato de Concesión No. 09-CONP-98**, celebrado el 18 de diciembre de 1998, para adelantar la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la Infraestructura de Transporte Férreo de Carga de la Red Pacífica, prestando el servicio de transporte de carga en la línea férrea desde Buenaventura hasta La Felisa y en un tramo adicional de Zarzal hasta La Tebaida, con una longitud de 498 km., en dos etapas:

**“Primera Etapa: A la fecha del presente contrato LA CESIONARIA** recibe irrevocablemente para su operación, mantenimiento y conservación, el corredor de 380 kilómetros con todas sus anexidades, comprendidos entre los Municipios Buenaventura y Zaragoza y Zarzal y La Tebaida.

**“Segunda Etapa:** La rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa, continuará a cargo de **LA CEDENTE y solo será cedido a LA CESIONARIA una vez cumplida la condición de ser terminada por LA CEDENTE, y verificada su ejecución total de acuerdo con el plan de obras por la Interventoría designada por el INCO**, quedando claro que para esta segunda etapa no se requerirá nueva aprobación de cesión por parte del **INCO**.

**“PARÁGRAFO PRIMERO: Las partes dejan expresa constancia que la responsabilidad, las obligaciones y los derechos por la ejecución de las obras del corredor Zaragoza-La Felisa recaen íntegramente en la CEDENTE. La cesión solamente tendrá lugar respecto de este corredor cuando la obra haya sido entregada a LA CESIONARIA por LA CEDENTE y recibida a satisfacción por la Interventoría de la obra. Las partes dejan expresa constancia que la responsabilidad, las obligaciones y los derechos por la ejecución de las obras del corredor Zaragoza-La Felisa recaen íntegramente en LA CEDENTE”.**

**“CUARTA. RESPONSABILIDAD DE LA CEDENTE Y SOLIDARIDAD. LA CEDENTE** es responsable del cumplimiento de las obligaciones que cede, hasta el momento de la cesión, **y de ahí en adelante solamente responderá directamente** por las obligaciones de rehabilitación, reconstrucción del corredor Zaragoza- La Felisa y por la construcción de la Terminal de transferencia de carga la Felisa, hasta que la obra sea verificada en su ejecución de acuerdo con el plan de obras por la Interventoría designada por el INCO, momento en el cual el corredor Zaragoza-La Felisa y la Terminal de Carga de La Felisa, se transferirá automáticamente a la CESIONARIA, quien a partir de ese momento asume plenamente las obligaciones de mantenimiento, conservación y operación sobre el corredor y la Terminal de Carga. [...]

**“QUINTA. RESPONSABILIDAD DE LA CESIONARIA [...]** Parágrafo Primero. Adicionalmente respecto del tramo del Corredor Zaragoza-La Felisa, responderá únicamente a partir del momento en que la obra le sea entregada y cedida a **LA CESIONARIA**, previa conformidad de la Interventoría designada por el INCO” (Subrayas ajenas al texto).

2. En Otrosí No. 15 al Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 del 10 de julio de 2008, la cedente **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, la cesionaria **SOCIEDAD FERROCARRIL DEL OESTE S.A.** y el tercero cedido **INSTITUTO NACIONAL**

**DE CONCESIONES –INCO– hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, en los numerales 1º, 2º y 4º acordaron:

“**PRIMERO:** Reconocer la cesión total del Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico realizada por parte de **TREN DE OCCIDENTE S.A** a favor de **FERROCARRIL DEL OESTE S.A** mediante documento del 10 de julio de 2008, conservando la solidaridad entre cedente y cesionario por el término de cinco (5) años.

“**SEGUNDO:** Disponer que la Sociedad FERROCARRIL DEL OESTE S.A. reemplazará a TREN DE OCCIDENTE S.A en calidad de Concesionario y, en consecuencia, FERROCARRIL DEL OESTE S.A responderá del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales, desde la suscripción del presente documento hasta la terminación del Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico, salvo en las relacionadas con el Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción (...)”

“**CUARTO.** Disponer que TREN DE OCCIDENTE S.A continúa vinculado al Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico y a cargo del cumplimiento de las obligaciones del Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción, hasta el 18 de diciembre de 2009 o hasta la manifestación de conformidad por parte de la Interventoría.

Parágrafo primero: Durante el término concedido para la ejecución del Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción y mientras estas culminan, serán aplicables a TREN DE OCCIDENTE S.A. la totalidad de las disposiciones contractuales relacionadas con las obligaciones que continúan a su cargo” (Subrayas ajenas al texto).

3. La cesión del contrato es negocio jurídico celebrado entre el contratante cedente y el contratante cesionario en virtud de la cual se transfiere el contrato en su totalidad o en una parte, la calidad de contratante, derechos, prestaciones y acciones inherente a ésta.

En veces, por disposición legal o contractual, es menester la autorización previa o la aceptación posterior del contratante cedido, particularmente, en los negocios jurídicos *intuitu personae* o cuando las partes expresamente así lo pactan.

En la cesión total se transfiere íntegra y en su totalidad la calidad de parte y el contrato.

En la cesión parcial, sólo un segmento específico del contrato se transfiere, en cuyo caso, la calidad, situación o posición de parte la ostentan el contratante primario y el nuevo adquirente o cesionario en la porción o segmento contractual cedido, y es factible que respecto de esta última, el tercero cedido no libere de

su responsabilidad al contratante cedente inicial o haga reserva expresa a propósito.

En ocasiones la cesión puede sujetarse a una condición ya suspensiva, ora resolutoria. En la primera hipótesis, la cesión está sometida a la verificación de la condición sin cuya observancia no surge ni genera el efecto jurídico que le es propio y en la segunda, por el contrario, el advenimiento de la condición termina o resuelve la cesión que genera *ab initio* la plenitud de sus efectos.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de octubre de 2010, Expediente 11001-3101-003-2001-00855-01: “[...] las partes en ejercicio de su autonomía privada, libertad contractual o de contratación, podrán alterar los efectos finales o definitivos de un acto dispositivo de intereses según su definición legis y disciplina normativa, en atención a los fines a alcanzar, sus designios o conveniencia práctica, con la agregación de concretas modalidades atañederas a la condición, el término y el modo. En tales casos, el negocio jurídico perfecto, completo, y existente por acatar todos sus elementos constitutivos, genera el efecto primario o inicial consistente en el deber de cumplimiento en un todo al tenor de lo pactado, pero sus efectos definitivos se alteran con específicas modalidades agregadas a propósito, bien para suspenderlos, ya extinguirlos, ora señalar determinada finalidad práctica o económica social a la atribución dispositiva (modus). En la disciplina de estas modalidades, la condición supedita la eficacia final del acto a un evento futuro e incierto, de cuya ocurrencia pende la producción de sus efectos finales (condición suspensiva) o la cesación, desaparición o conclusión de los producidos (condición resolutoria). El acontecimiento incierto y futuro, por lo mismo, subordina a su verificación la generación de los efectos definitivos del negocio jurídico. Para la Sala las “modalidades” del negocio jurídico son cláusulas accidentales, estipuladas *expressis verbis*, “de las que pueden llegar a depender la existencia, la duración o la estabilidad de los efectos que a dicho negocio le son inherentes”, *verbi gratia*, la condición conformada por “circunstancias objetivamente inciertas, previstas como de realización hipotética por los contratantes e investidas también por ellos de la función de decidir acerca ... del nacimiento en todo o en parte de los efectos a cuya creación tiende dicho negocio, sea que se trate de la adquisición de derechos o ya de la asunción de obligaciones, todo esto debido a que no obstante encontrarse la condición en estado de pendencia, la verdad es que el acto en cuestión quedó completo al concertarse, desde este momento se formó válidamente pero hasta tanto la condición no se cumpla sus efectos normales no se producen, razón por la cual se ha sostenido con evidente acierto por la doctrina que en los eventos de modalidades suspensivas de los que viene haciéndose mérito, es el acuerdo válido de las partes el que establece, al paso que es su cabal cumplimiento el elemento fáctico que le imprime vigencia definitiva a la relación obligatoria que en dicho acuerdo tiene su título, luego si falta ese elemento y llega a ser cierto que el acontecimiento previsto no podrá ocurrir, el negocio sin embargo existe, es por lo demás válido y lo menos produjo un efecto, el que por voluntad explícita de quienes lo celebraron no hay obligaciones que en él puedan tomar causa legítima.” (Cas. Civ. sentencia de 28 de junio de 1993, exp. 3680, CCXXII, 2461, pp. 600 y ss.). [...] Tratándose de obligaciones a plazo, por lo común, el término no suspende su nacimiento o constitución, y la insolvencia deudor comporta su exigibilidad (artículos 1551 y 1553 Código Civil). Tocante a las obligaciones condicionales, se distingue la condición suspensiva y resolutoria; en la primera, el derecho está en pendencia y subordinado a la verificación de la condición; en cambio, en la última, el crédito existe, es exigible y se resuelve cuando acontezca (artículo 1536 Código Civil). Más precisamente, la condición suspensiva, como expresa su nomen, suspende el efecto definitivo, normal, usual e inherente al acto, sujetándolo a un evento objetivamente incierto en cuanto futuro, susceptible de ocurrir o no, cuya incertidumbre respecto de su realización ulterior, hace incierta la relación al someter su eficacia a su verificación oportuna e íntegra. Se crea, por lo tanto, una relación jurídica pendiente generatriz de los efectos jurídicos primarios característicos del acto dispositivo y propios de su celebración, como también de un interés tutelado

En torno a la cesión de los contratos estatales, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 precisa su carácter *intuitu personae* “y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”.

A este respecto, el Consejo de Estado ha puntualizado:

“Con fundamento en las precisiones y consideraciones precedentes se concluye que, en definitiva, el contrato estatal se celebra *intuitu personae* en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan, para lo cual resulta válido, por ejemplo, condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con su previa autorización, por cuanto como bien se sabe, la cesión del contrato implica la sustitución en la persona del contratista, de forma tal que frente al contratista originario se extinguen las obligaciones y derechos derivados del contrato cedido en virtud del fenómeno de la novación, para ser transferidas al cesionario quien en adelante ostentará la calidad de contratista y frente a quien la administración debe exigir las calidades técnicas, financieras y administrativas necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual.”.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en reciente pronunciamiento sostuvo lo siguiente<sup>49</sup>: “... los contratos estatales son *intuitu personae*, ..., lo cual, en armonía con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 887 del Código de Comercio, significa que para la cesión del contrato, la entidad debe evaluar las capacidades de la sociedad que se le propone como cesionaria y decidir libremente si la acepta o no, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad que le reconocen el inciso primero del artículo 32 y el inciso segundo del artículo 40 de la ley y teniendo en cuenta la protección de los derechos de la entidad, que le asigna, aunque no de manera exclusiva, el numeral 1º del artículo 26 de la misma y los fines de la contratación estatal mencionados en el artículo 3º de ésta.”.<sup>50</sup>

Más recientemente señaló:

---

por el ordenamiento. De este modo, pendiente la condición el contrato existente naturalmente genera su efecto vinculante, pero en el estado de pendencia no es exigible su cumplimiento, ni los derechos y obligaciones dimanadas, sino una vez verificada. Tampoco el sujeto pasivo está obligado a cumplirla, y de hacerlo, podrá solicitar la restitución. Igualmente, la obligación no es exigible, descarta la compensación e impide la iniciación del cómputo de prescripción (arts. 1542, 1715, 2535 Código Civil). La incertidumbre se resuelve con la verificación o falta de ocurrencia del acontecimiento futuro, y su consecuencia, es la producción o ausencia definitiva del efecto. Verificado, en línea de principio, el efecto se retrotrae al instante de la celebración del contrato”.

<sup>49</sup> “Providencia del 17 de mayo de 2001, expediente No. 1346”

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 7 de febrero de 2002, Expediente 11001-03-26-000-2001-0062-01(21845)

“La cesión o asunción de contrato es el ingreso sustitutivo de un tercero a una relación contractual de prestaciones correlativas. Sobre este negocio jurídico, la doctrina ha señalado:

“[C]uando lo que se cede (o asume) es un contrato, el punto de partida es la presencia de uno o varios créditos y otras tantas obligaciones, entrelazadas en términos de correlatividad y consideradas, tratadas y dispuestas como una unidad, o sea: el objeto de la operación es el traspaso simultáneo de unos créditos y de las obligaciones recíprocas, surgidos a una de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, esto es, en últimas, la transferencia de una posición o relación contractual, cuyo resultado es la sustitución de una de las partes (acreedora - deudora). O dicho más escuetamente, la cesión o asunción de contrato es el ingreso sustitutivo de un tercero a una relación contractual de prestaciones correlativas. Con una precisión importante: que no es lo mismo indicar que en virtud de ella el cesionario adquiere las pretensiones crediticias, a la vez que asume las obligaciones del cedente, que agregar a ello que el cedente sale de la relación y queda liberado de obligaciones y responsabilidad para con el contratante cedido.”<sup>51</sup>

“Ni el Decreto Ley 222 de 1983 (como tampoco lo hizo Ley 80 de 1993 que solo hizo mención para autorizarla en el art. 41), ni el Código Civil, regularon la cesión del contrato -en este último lo que se consagra es la cesión de créditos o derechos (arts. 1959 y ss.)-. En cambio, los artículos 887 a 896 del Código de Comercio definen la cesión del contrato.

“De conformidad con lo anterior, en los contratos de ejecución periódica o sucesiva o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, cualquiera de los contratantes podrá hacerse sustituir por un tercero en la relación derivada del contrato, quien en adelante ocupará su posición jurídica (art. 887 C. Co.).

**“La cesión puede ser total o parcial; en la primera el cesionario asume la calidad de parte que correspondía al cedente, y en la segunda, se agrega una nueva parte a la relación circunscrita al aspecto o porción cedida, conservando el cedente su calidad de parte sobre lo no cedido.**

“Por lo demás, la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del contrato cedido; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes (art. 895 C. Co.). El contratante cedido, podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato, y aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de aceptar la cesión, de acuerdo con el artículo 896 del C.Co. El Estatuto mercantil consagra la responsabilidad del cedente y cesionario, que permite estipulación expresa en contrario, y la eventual reserva que puede hacer el contratante cedido de no liberar al cedente al autorizar la cesión, y exigir al mismo el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, previo requerimiento al cedente, de acuerdo con el artículo 893 del C.Co.

“De lo expuesto, importa resaltar que en virtud de la cesión el tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, convirtiéndose a partir de ésta, en parte, titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente entonces, sin producirse su alteración, modificación o extinción;...”<sup>52</sup>

<sup>51</sup> “Hinestrosa, Fernando, Tratado de las obligaciones”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Tomo I, 2002, pág. 522. “

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de abril de 2012, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00704-01(21699). En Sentencia de 28 septiembre de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476, había expresado: “Los artículos 887 a 896 del Código de Comercio regulan la cesión del contrato, figura que no se encuentra contemplada en el Código Civil, en tanto en este se consagra la cesión de créditos o derechos (arts. 1959 y ss.). En efecto, de conformidad con el artículo 887 del Código de

“Los artículos 887 a 896 del Código de Comercio regulan la cesión del contrato, figura que no se encuentra contemplada en el Código Civil, en tanto en este se consagra la cesión de créditos o derechos (arts. 1959 y ss.). En efecto, de conformidad con el artículo 887 del Código de Comercio, en los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, quien en adelante ocupará la posición jurídica que tenía el que cede, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido salvo en los celebrados *intuitu personae*, y siempre que por la ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución.

En la misma óptica, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“En la cesión de contrato, el contratante cedente es sustituido por un tercero (cesionario), en *“la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato”*. La figura aplica a contratos de ejecución periódica, sucesiva o prolongada en el tiempo y, por excepción a los de ejecución *“instantánea”* con prestaciones pendientes de cumplir (artículo 887 del Código de Comercio). Por su virtud, el tercero cesionario adquiere del contratante cedente la posición o situación jurídica que le corresponde, sustituyéndolo en la totalidad o en un segmento de las relaciones jurídicas (cas. civ. sentencias del 23 de enero de 1943, LV, p. 10; 11 de octubre de 1945, LIX, 718; 22 de agosto de 1946, LXI, 19; 29 de mayo de 1942, LIV, 107; 24 de marzo de 1943, LV, 238; 28 de julio de 1960, XCIII, 114). No se trata de una cesión de crédito, acción, pretensión o derecho, sino de toda o parte de la relación jurídica emanada del contrato y, por consiguiente, de la posición de contratante, en tanto el cesionario sustituye al cedente en los derechos y obligaciones, adquiere la calidad de acreedor y deudor así sea en el fragmento al cual concierne, distinguiéndose así de la cesión de un crédito, derecho, acción o pretensión y de la asunción de la deuda.

“El artículo 887 del Código de Comercio, permite la cesión del contrato *“en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato”*, en las cuales es sustituido el contratante cedente por el tercero cesionario en sus derechos y obligaciones.

“En la cesión total, el cesionario adquiere la calidad de parte que correspondía al cedente, y en la parcial, se presenta su desdoblamiento por la unión, adición o agregación ulterior de una nueva *“parte”* en el segmento específico al que concierne, es decir, el contratante cedente conserva su posición de parte, su calidad de titular, acreedor y deudor, salvo en la relación singular cedida adquirida por el cesionario, quien respecto de esta porción se convierte en parte.

“La cesión del contrato envuelve la posición de parte y, por ende, el tercero cesionario podrá ejercer frente al contratante cedido los derechos, acciones y pretensiones correspondientes al contratante cedente, quien podrá oponer las mismas excepciones y ejercer los mismos derechos, acciones y pretensiones que tenía frente al cedente, salvo las inherentes a la calidad o estado personal de las partes o a causas ajenas al contrato (art. 895, C. de Co).

---

Comercio, en los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, quien en adelante ocupará la posición jurídica que tenía el que cede, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido salvo en los celebrados *intuitu personae*, y siempre que por la ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución.



“En efecto, según el artículo 896 del Código de Comercio, “[e]l contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato. Podrá también oponer aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de notificársele o aceptar la cesión”.

“El tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, convirtiéndose a partir de ésta, en parte, titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente entonces, sin producirse su alteración, modificación o extinción y, por ende, los derechos ejercidos y las prestaciones ya cumplidas no podrán ejercerse ni exigirse nuevamente, los pendientes se regularán por la ley y el contrato cedido y, las consecuencias nocivas de los incumplimientos tanto respecto del contratante cedente cuanto del contratante cedido proyectan plenos efectos frente al tercero cesionario, quien según el caso, podrá ejercer los derechos, acciones y pretensiones que correspondían al cedente frente al incumplimiento del contratante cedido y queda expuesto a las acciones de éste en el caso de incumplimiento del cedente, todo sin perjuicio, de lo que expresamente acuerden al momento de la cesión, de las reservas pertinentes al de la notificación o aceptación y de la conducta negocial asumida por las partes, incluso, concluyente, *ad exemplum*, en punto de la condonación de los incumplimientos.

“Por lo mismo, el contratante cedido si no la consintió previamente, al autorizar o aceptar la cesión, o al serle notificada, podrá expresar la reserva de no liberar al cedente, subsistiendo su responsabilidad y convirtiéndose en garante del cumplimiento de las obligaciones del cesionario en los términos del artículo 893 del Código de Comercio. De este modo, al tomarse el contrato en la situación existente al momento de la cesión, se acepta en su estado de ejecución, salvo acuerdo o reserva contraria. Más en defecto de reserva, el cedente y el cesionario, asumen los derechos y obligaciones en la parte comprendida en la cesión. Si fuere total, la posición de parte pasa íntegra al tercero cesionario, quien responde frente al contratante cedido, según el caso, en forma exclusiva o al lado del cedente, por el todo, y si fuere parcial, sólo en el segmento.

“Lo anterior, frustra la invocada excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y activa [...], al ser evidente la cesión parcial de la agencia comercial y, por lo mismo, el interés jurídico que la vincula con la actora, eso sí, limitada a la línea de productos a la cual refiere”.<sup>53</sup>

La jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto, diferencian la cesión total de la cesión parcial del contrato, y en los contratos estatales, además del escrito, es necesaria la autorización de la entidad estatal.

De conformidad con el Contrato de Cesión del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 celebrado por **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y **FERROCARRIL DEL OESTE S.A.**, y el Otrosí No. 15 suscrito con el **INCO**, hoy **ANI**, se impone concluir la cesión por la Cedente a la Cesionaria en dos etapas: la primera, el 10 de julio de 2008 desde la firma del mencionado Contrato de Cesión y Otrosí N°.

---

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de octubre de 2011, Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01

15, y la segunda relativa a la rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa “continuará a cargo de LA CEDENTE y sólo será cedido a la CESIONARIA, una vez cumplida la condición de ser terminada por LA CEDENTE, y verificada su ejecución total” (Cláusula Primera Contrato de Cesión), tanto más cuanto que respecto de ésta, “**TREN DE OCCIDENTE S.A.** continúa vinculado al Contrato de Concesión”, responderá de su cumplimiento y le serán aplicables “la totalidad de las disposiciones contractuales relacionadas con las obligaciones que continúan a su cargo”, “hasta el 18 de diciembre de 2009 o hasta la manifestación de conformidad por parte de la interventoría”, que para la época de presentación de la demanda arbitral, y aún en la actualidad, no se ha impartido, ni de ella existe constancia en el caudal probatorio.<sup>54</sup>

En la cesión parcial de contrato, en lo no cedido, el cedente conserva su calidad de parte con todos los derechos, obligaciones, acciones y pretensiones inherentes a su posición y el cesionario adquiere la calidad de parte en el segmento cedido, con todos los derechos, obligaciones, acciones y pretensiones que se radican exclusivamente en éste. Por esto, la relación jurídica contractual se escinde con la agregación de una nueva parte contractual, autónoma e independiente, y titular exclusiva de derechos y obligaciones en la parte cedida.

De esta manera, no puede admitirse la postura según la cual en la cesión parcial de un contrato, el contratante cedente sólo conserva las obligaciones y la responsabilidad contractual, sin derecho alguno, pues naturalmente mantiene su calidad de parte en lo no cedido con todos los derechos y obligaciones.

Desde luego que, en el caso litigioso, TREN DE OCCIDENTE S.A. conservó su calidad de parte en lo concerniente al Plan de Obras de Rehabilitación-Construcción, con todas las obligaciones y la responsabilidad, pero también con

---

<sup>54</sup> En el Cuaderno Principal No. 2, folios 456-463, consta el oficio Número O.2013-701-007418-1, del 17 de mayo de 2013, con el cual la ANI, precisa “que el 18 de diciembre de 2009 la interventoría no había manifestado su conformidad respecto de las obras realizadas”.

todos los derechos, acciones y pretensiones. Así, por ejemplo, es evidente que por la ejecución de tales obras tiene derecho a la contraprestación y es además, la única legitimada para recibirla y pretenderla, mientras pende la condición para la eficacia de la cesión de este componente contractual. Y al conservar derechos derivados del Contrato de Concesión, TREN DE OCCIDENTE S.A. también conservó sus accesorios y, entre ellos, el derecho a recurrir al arbitramento previsto en el mismo. Eso y nada más es lo que, según el orden jurídico y lo pactado, se desprende y corresponde exactamente a la situación.

Dentro de esta línea, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** ha reconocido la calidad de parte de **TREN DE OCCIDENTE S.A.** con posterioridad a la cesión, según prueba el Otrosí No. 16 del 5 de julio de 2013 suscrito con la Cesionaria **FERROCARRIL DEL OESTE S.A.** hoy, **FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.** por la cual se estipula un período de transición hasta el 31 de diciembre de 2014 para la regularización del Contrato de Concesión, e indica en el numeral 2 de Antecedentes, la aceptación mediante Otrosí No. 15 del 10 de julio de 2008 de la cesión y se acordó que Tren de Occidente S.A. continuará vinculado al Contrato de Concesión para efectos de ejecutar y completar el Plan de Obras de Rehabilitación hasta la finalización del citado plan, para lo cual se pactó como fecha final el 22 de noviembre de 2012. Adicionalmente, en el Otrosí No. 15 se acordó que Ferrocarril del Oeste S.A. recibiría el tramo Cartago-La Felisa, afecto al Contrato de Concesión, *“dentro de los quince (15) días siguientes a la manifestación de conformidad por parte de la interventoría en relación con el cumplimiento de las obligaciones del Plan de Rehabilitación-Reconstrucción”*. A la fecha, la anterior condición no se ha cumplido, razón por la cual Ferrocarril del Pacífico S.A.S. no tiene responsabilidad alguna sobre dicho tramo hasta tanto se ejecute el mencionado Plan.<sup>55</sup> En el mismo sentido, en su oficio No. ANI7010074181 fechado a 17 de mayo de 2013, la ANI reconoció dicha calidad de parte convocándola a la audiencia prevista en el artículo 86 de

---

<sup>55</sup> Cuaderno de Pruebas No. 7-2, folios 102-103

la Ley 1474 de 2011 y en la relación de documentos consignada en su texto, dirigidos a TREN DE OCCIDENTE S.A. entre el 16 de marzo y el 18 de diciembre de 2012.<sup>56</sup>

Al ser incontrovertible la calidad de parte de la sociedad Convocante en el Contrato de Concesión, también su reconocimiento por la Convocada, estipulada la cláusula arbitral en su Cláusula 132, modificada mediante Otrosí No. 14 del 10 de julio de 2008, esta excepción no prospera.

4. La legitimación en la causa es el interés directo, legítimo y actual del *“titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico”*<sup>57</sup> para pretender (legitimación activa) y contradecir (legitimación pasiva) en cuanto titular de la relación jurídica sustancial y procesal controvertida en el proceso.<sup>58</sup>

El Consejo de Estado ha definido la legitimación en causa, en los siguientes términos:

---

<sup>56</sup> Cuaderno Principal N-2, folios 456 a 625

<sup>57</sup> U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], Expediente 11001-3103-033-2001-06291-01: *“pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdicción cuya característica más destacada es la de ser definitiva”* (casación de 3 de junio de 1971, CXXXVIII, págs. 364 y siguiente), tanto cuanto más que referida la legitimación a la titularidad del derecho, según tiene sentado la Sala, es *“cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste”* (cas. civ. sentencia de 14 de agosto de 1995 exp. 4268), en tanto, *“según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la ‘legitimatío ad causam’ consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)”* (CXXXVIII, 364/65), por lo cual, *“el juzgador debe verificar la legitimatío ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular”*.

*"(...) es la identidad del demandante con la persona a quien la ley le otorga la vocación jurídica para reclamar la titularidad de un derecho y por pasiva la identidad del demandado, con aquel a quien se le puede exigir la obligación correlativa que se deriva del primero (...)"*.<sup>59</sup>

*"La legitimación en la causa -legitimatío ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal"*.<sup>60</sup>

*"(...) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...)"* La legitimación en la causa consiste, de un lado, en ser el titular de la relación jurídica, del derecho o del interés que se invoca como fundamento de las pretensiones que se aducen, y, de otro lado, en ser el sujeto frente a quien deben aducirse y controvertirse esas concretas pretensiones. Por consiguiente, la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal sino una condición necesaria para obtener una sentencia favorable a las pretensiones. En efecto, si quien carece de legitimación en la causa son los demandantes, o alguno de ellos, no se puede acceder a las pretensiones que aducen toda vez que no ostentan la titularidad de la relación jurídica, del derecho o del interés sustancial que les sirve de soporte a sus pedimentos; y si quienes no están legitimados en la causa son los demandados, o alguno de ellos, ninguna pretensión puede ser concedida en su contra puesto que lo pretendido ha debido controvertirse con otro u otros sujetos. Luego, la falta de legitimación en la causa jamás conduce a una sentencia inhibitoria sino a una decisión de fondo que desestima las pretensiones de la demanda en relación o frente a quienes no están legitimados, según sea el caso".<sup>61</sup>

*"La legitimación en la causa -legitimatío ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal. En contraste, la legitimación en el proceso -legitimatío ad processum- se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, esto es, atañe a la aptitud legal de los sujetos para comparecer y actuar en el proceso y a su debida representación como partes en el mismo; por ello, sí constituye un presupuesto procesal y su falta configura un vicio de nulidad que compromete el procedimiento y la sentencia que llegue a dictarse"*.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias 8 de agosto de 1988; Exp. No. 5154; 13 de febrero de 1996, Exp. 11213; 12 de diciembre de 2001, Exp. 20456.

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 16.271.

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 8 de mayo de 2013, Radicación número 50001-23-31-000-1998-00027-01(24510).

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de junio de 2012, Radicación número 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990).

*“La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o controvierta las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la pasiva, como demandado”.*<sup>63</sup>

En las acciones contractuales, en línea de principio, la legitimación se predica de las partes o sujetos contratantes<sup>64</sup> y por excepción se permite a quienes no lo son ejercer determinadas acciones, *ad exemplum*, la nulidad absoluta del Contrato por el Ministerio Público o terceros con interés directo. La Ley 1437 de 2011, aplicable a este asunto por su iniciación el 16 de noviembre de 2012, durante su vigencia, disciplina en el artículo 141:

**“Artículo 141. Controversias contractuales.** Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

“El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.

Las partes o sujetos contratantes están legitimados en la causa para instaurar toda acción contractual; el Ministerio Público y los terceros con interés directo pueden promover la acción de nulidad absoluta. En lo referente a la acción contractual de terminación de un contrato estatal por incumplimiento y la consecuencial reparación de daños, la legitimación en la causa se circunscribe a

---

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de octubre de 2013, Radicación número 68001-23-15-000-1995-11195-01(25869).

<sup>64</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1 de julio de 2008, Expediente 11001-3103-033-2001-06291-01: “[...], parte, estricto sensu, es el titular del derecho, *rectius*, interés constitutivo del acto dispositivo, independientemente de su celebración por sí o por conducto de otra persona (G.B. Ferri, *Parte del negozio*, Enciclopedia del diritto, vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 901 ss.) y, a *contrario sensu*, tercero, por exclusión, es el sujeto extraño o ajeno al interés dispuesto en virtud del negocio jurídico”.

las partes o sujetos contratantes y a quienes por disposición legal o negocial, derivan derechos de los mismos o de la relación jurídica sustancial.

En la cuestión litigiosa, como quedó sentado, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** cedió el Contrato de Concesión y su posición o situación jurídica contractual a la sociedad **FERROCARRIL DEL OESTE S.A.** excepto en lo relativo al Plan de las “Obras de Rehabilitación-Reconstrucción”, la Rehabilitación, Reconstrucción y Construcción del Corredor Zaragoza- La Felisa, que “continuará a cargo de LA CEDENTE y solo será cedido a LA CESIONARIA una vez cumplida la condición de ser terminada por LA CEDENTE, y verificada su ejecución total de acuerdo con el plan de obras por la Interventoría designada por el INCO, quedando claro que para esta segunda etapa no se requerirá nueva aprobación de cesión por parte del INCO” (Cláusula Primera del Contrato de Cesión del 10 de julio de 2008. Subrayas ajenas al texto), en forma tal que “la Sociedad **FERROCARRIL DEL OESTE S.A.** reemplazará a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** en calidad de Concesionario y, en consecuencia, ‘responderá del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales, desde la suscripción del presente documento hasta la terminación del Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico, salvo en las relacionadas con el Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción (...)’, “que TREN DE OCCIDENTE S.A. continúa vinculado al Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico y a cargo del cumplimiento de las obligaciones del Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción, hasta el 18 de diciembre de 2009 o hasta la manifestación de conformidad por parte de la Interventoría” y le “serán aplicables a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** la totalidad de las disposiciones contractuales relacionadas con las obligaciones que continúan a su cargo” (numerales 1º, 2º, y 4º, Parágrafo 1º, del Otrosí No. 15 del 10 de julio de 2008. Subrayas ajenas al texto).

Asimismo, se previó “*VIGENCIA DEL CONTRATO.- La vigencia del presente contrato será hasta el momento en que la Interventoría designada por EL INCO verifique las obras del corredor Zaragoza-La Felisa y la Terminal de Carga de La Felisa, de acuerdo con el plan de obras, **momento en el cual terminará la segunda etapa prevista en este contrato de cesión**, de acuerdo con la Cláusula Primera del presente contrato.” (Cláusula Octava del Contrato de Cesión del 10 de julio de 2008. Subrayas ajenas al texto)*

El numeral primero del Otrosí No. 15 reconoce la cesión total del Contrato de Concesión según el Contrato de Cesión del 10 de Julio de 2008 “**conservando la solidaridad entre cedente y cesionario por el término de cinco (5) años**”, esto es, hasta el 10 de julio de 2013.

La solidaridad se predica exactamente de asuntos diferentes a los relacionados con el Plan de Obras y Rehabilitación. En efecto, en el Contrato de Cesión y el Otrosí No. 15 al Contrato de Concesión, claramente se convino que la Cesionaria FERROCARRIL DEL OESTE S.A. “**reemplazará**” a la Cedente TREN DE OCCIDENTE S.A. y “**responderá del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales**” desde el 10 de julio de 2008 hasta la terminación del Contrato de Concesión “**salvo en las relacionadas con el Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción (...)**”, donde la última no adquirió la calidad de parte, posición o situación contractual, tampoco ninguna obligación, responsabilidad ni derecho correlativo alguno, permaneciendo vinculada la Concesionaria primaria en “**la totalidad de las disposiciones contractuales que continúan a su cargo**”, “**hasta el 18 de diciembre de 2009 o hasta la manifestación de conformidad por parte de la Interventoría**”. Eso y nada más fue lo acordado por las partes.

En otros términos, con arreglo al Contrato de Cesión y el Otrosí No. 15 al Contrato de Concesión, la cesión es parcial y, por su virtud, la Contratante



Cedente **TREN DE OCCIDENTE S.A.** conserva la calidad de parte en lo no cedido: las obligaciones inherentes al Plan de Obras de Rehabilitación y Reconstrucción, con los derechos correlativos.

Por consiguiente, es titular exclusiva de los derechos, acciones y pretensiones referidos a este segmento de la relación contractual, la única facultada por la ley y el contrato para su ejercicio, sin que la cesionaria haya asumido obligación, contraído responsabilidad alguna, ni adquirido derecho al respecto. En idéntico sentido, en la parte cedida, la cesionaria es la legitimada para deducir o contradecir, sin perjuicio de la solidaridad por prestaciones diversas a las del Plan de Rehabilitación y Reconstrucción estipulada por el término de cinco años desde el 10 de julio de 2008, que legitima durante este plazo a la entidad concedente para exigirla de ambas o de una.

Por lo dicho, la legitimación en causa por activa para el ejercicio de la acción contractual relativa a las obligaciones y derechos correlativos referidos al Plan de Obras de Rehabilitación-Reconstrucción, la rehabilitación, reconstrucción y construcción del Corredor Zaragoza- La Felisa, se radica única y exclusivamente en **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, titular exclusiva de este segmento de la relación jurídica contractual, tanto cuanto más que las pretensiones incoadas conciernen justamente a éste, por pretendidos incumplimientos de la entidad estatal concedente acaecidos incluso antes del 18 de diciembre de 2009 o de la manifestación de conformidad por la Interventoría.

De la demanda arbitral surge además que las pretensiones incoadas, dentro de éstas la segunda, tercera y octava de terminación y liquidación anticipada del Contrato de Concesión por los incumplimientos imputados a la parte Convocada, conciernen no a todo el Contrato, sino a la parte no cedida, esto es, al Plan de Obras de Rehabilitación, Reconstrucción y Construcción del Corredor Zaragoza-La Felisa, respecto del cual ningún derecho, obligación o responsabilidad

adquirió la cesionaria Ferrocarril del Oeste S.A. al acordar que solo será cedida “una vez cumplida la condición de ser terminada por LA CEDENTE, y verificada su ejecución total de acuerdo con el plan de obras por la Interventoría designada por el INCO” (Cláusula Primera del Contrato de Cesión del 10 de julio de 2008. Subrayas ajenas al texto).

Es que, en efecto, como indica acertadamente el Ministerio Público, si lo pretendido fuera la terminación de todo el Contrato, la falta de legitimación en la causa de la Parte Convocante sería evidente.

Sin embargo, en el caso litigioso, la Convocante pretende la terminación y liquidación del Contrato de Concesión restringida a lo no cedido y no la terminación total. Captada así la situación, la legitimación en la causa se radica en la cedente **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y no en la cesionaria **FERROCARRIL DEL OESTE S.A.**, porque ésta ningún derecho adquirió, ni contrajo responsabilidad u obligación alguna en lo no cedido. En la medida en que la cesión del segmento relativo al Plan de Obras de Rehabilitación, Reconstrucción y Construcción del Corredor Zaragoza- La Felisa no se efectuó, y la pretensión solo comprende incumplimientos de las obligaciones de entregar y saneamiento de los predios, referidos a esa parte no cedida, no versa sobre todo el Contrato. Desde luego, la relación jurídica derivada del Contrato de Cesión entre la cedente y la cesionaria, y sus expectativas legítimas, es un asunto ajeno a esta controversia, susceptible de deducirse a través de las acciones y el procedimiento pertinente.

Por lo anterior no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa activa de la sociedad demandante.

5. A propósito del legítimo contradictor, el Consejo de Estado<sup>65</sup>, ha puntualizado:

“[...] las partes que participan en la composición de un litigio, como demandante y demandado, pueden estar conformadas por una sola persona en cada caso o, por el contrario, pueden converger a integrarlas una pluralidad de sujetos, evento en el cual se está en presencia de lo que la ley y la doctrina han denominado un litisconsorcio.

“Esta figura consagrada en nuestra legislación procesal (arts. 50 y siguientes del C. de P. Civil), ha sido dividida tradicionalmente en dos clases, atendiendo a la naturaleza y número de relaciones jurídicas que intervengan en el proceso: litisconsorcio necesario y voluntario o facultativo.

“Existe *litisconsorcio necesario* cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos.

“La vinculación de quienes conforman el *litisconsorcio necesario* podrá hacerse dentro de la demanda, bien obrando como demandantes o bien llamando como demandados a todos quienes lo integran y en el evento en que el juez omite citarlos, debe declararse la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda (numeral 8 del artículo 140 del C. de P. Civil).

“Si esto no ocurre, el juez de oficio o por solicitud de parte podrá vincularlos en el auto admisorio de la demanda o en cualquier tiempo antes de la sentencia de primera instancia, otorgándoles un término para que comparezcan, y de no hacerlo debe declararse la nulidad de una parte del proceso o a partir de la sentencia de primera instancia (numeral 9 *ibidem*), con el fin de lograr su vinculación al proceso para que tengan la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses, dado que la sentencia los puede afectar.

“En cambio, el *litisconsorcio será facultativo o voluntario* cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva).

“Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos (art. 50 del C. de P. Civil).

“[...] [existe] la denominada por la doctrina y la jurisprudencia como *litis consorcio cuasinecesario*. Esta especie o modalidad de *litis consorcio*, es una configuración jurídica intermedia, entre el *litis consorcio necesario* y el *facultativo*.

“Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos. “El inciso tercero del artículo 52 del C. de P. Civil, regula este tipo de *litis consorcio* en los siguientes términos: “Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de

---

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 23 de febrero de 2012, Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810).

una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.

“La Corte Suprema de Justicia, ha reconocido la existencia de esta intervención litisconsorcial, y con base en el mencionado texto ha dicho que:

“Por encima de las dudas que suscita la nominación, lo cierto es que la ley procesal colombiana, de manera expresa sólo identifica dos tipos de litisconsorcios: el facultativo en el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil y el necesario en el 51, ambos referidos a la integración plural de las partes. Empero, el artículo 52 inciso 3° ibídem, según se vio, regula un tipo de intervención de tercero que no se acomoda estrictamente al litisconsorcio necesario, pero tampoco al facultativo, porque aun sin su presencia la sentencia produce ‘efectos jurídicos’ o lo vincula en cuanto afecta la determinada relación sustancial de que era titular, razón por la que estaba legitimado para demandar o ser demandado en el proceso’.

En otras palabras, el citado inciso consagra la llamada por el mismo artículo 52 ‘intervención ‘litisconsorcial’ que bien pudiera señalarse como ‘cualificada’, para diferenciarla en todo caso de la intervención ‘simple’ o ‘adhesiva’ o de mera coadyuvancia.

“Esta intervención litisconsorcial, según lo indica el mencionado texto, se presenta cuando el interviniente sostiene con una de las partes una determinada relación sustancial que habrá de ser afectada por la sentencia, en cuanto sobre ella se irradian los efectos de cosa juzgada, radicando en esto el núcleo esencial del interés del tercero, al cual la ley le da la mayor relevancia, al instituir al tercero que así interviene como parte autónoma, otorgándole la condición de litisconsorte y reconociéndole todas las garantías y facultades de parte.”- Subraya la Sala-<sup>66</sup>

“Es, por consiguiente, una figura procesal distinta al litisconsorcio necesario, que implica la legitimación simultánea para varios sujetos, pero sin que la propia ley, ni la naturaleza de la relación sustancial, establezca como requisito *sine qua non* para su procedencia, la integración del contradictorio con todos ellos.

“Además, esta modalidad se identifica con el *litis consorcio necesario* en que en una y en otra la sentencia vincula al tercero y lo afecta, pero se diferencian en que en el *litis consorcio cuasinecesario* no se requiere que todos los sujetos comparezcan al proceso para proferirla; y se parece al *litis consorcio facultativo* en que el sujeto voluntariamente puede concurrir o no al proceso, pero difiere del mismo por cuanto si no comparece al proceso la sentencia es uniforme y lo vincula. Con todo, el *interviniente cuasinecesario* puede presentarse al proceso en el estado en que se encuentre, siempre que no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia, y procede su actuación con todas las prerrogativas de parte, tal y como lo indica el artículo 52 del C. del P. Civil.”<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de octubre de 2000, exp. 5387, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

<sup>67</sup> Con anterioridad, la Sección Tercera de esta Sala en Sentencia del 7 de 2005. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03891-01(30911), citada por la excepcionante, sostuvo: “la figura del litisconsorcio necesario se caracteriza, fundamentalmente, por la existencia de una única relación jurídica o de un acto jurídico respecto de los cuales existe pluralidad de sujetos o, dicho en otros términos, hay litisconsorcio necesario cuando el asunto objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción reclama una decisión uniforme para todos los litisconsortes, titulares de la misma relación jurídica o del mismo acto jurídico que es objeto de controversia. Existen múltiples casos en los que varias personas deben obligatoriamente comparecer a un proceso, en calidad de demandantes o de demandados, siendo éste un requisito necesario para adelantar válidamente el proceso, dada la unidad inescindible de la relación de derecho sustancial en debate; de no integrarse la parte correspondiente con la totalidad de esas personas, se genera una nulidad de la actuación a partir de la sentencia de primera instancia inclusive, lo cual pone de presente que esta irregularidad sólo afecta la

En el presente asunto, el Tribunal, del análisis del Contrato de Cesión y el Otrosí No. 15 suscritos el 10 de julio de 2008, así como de las normas jurídicas que gobiernan la cesión de contrato de prestaciones correlativas, ha concluido la presencia de una cesión parcial en virtud de la cual, la relación jurídica contractual se escindió con partes autónomas e independientes, cada una titular exclusiva de derechos, obligaciones, acciones y pretensiones, sin perjuicio de la solidaridad pactada por el término estipulado respecto de asuntos diversos al Plan de Obras de Rehabilitación y Construcción en torno del cual ninguna responsabilidad asumió la cesionaria mientras no culmine en su totalidad.

Se cedió el Contrato de Concesión y la calidad de parte contractual excepto en lo relacionado con la segunda etapa para la “rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa” que “continuará a cargo de **LA CEDENTE y solo será cedido a LA CESIONARIA una vez cumplida la condición de ser terminada por LA CEDENTE, y verificada su ejecución total de acuerdo con el plan de obras por la Interventoría designada por el INCO**, quedando claro que para esta segunda etapa no se requerirá nueva aprobación de cesión por parte del **INCO**” (Cláusula Primera del Contrato de Cesión del 10 de julio de 2008, Subrayas ajenas al texto). La Contratante Cesionaria **FERROCARRIL DEL OESTE S.A.** reemplaza a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** en calidad de Concesionario y “**responderá del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales, desde la**

---

validez del proceso de la sentencia de primera instancia en adelante. La sentencia que decida la controversia ha de ser, en cuanto a su contenido, idéntica y uniforme para todos los litisconsortes, razón por la cual, si alguno de los sujetos de dicha relación jurídico material no se encuentra presente en el proceso, la conducta procesal que debe observar el juzgador que advierta oportunamente dicha anomalía, es la de proceder a integrar el contradictorio, previa citación del sujeto ausente, como condición para fallar de fondo el respectivo proceso en primera instancia. Lo anterior supone que el criterio para establecer si se está en presencia de un litisconsorcio necesario se encuentra determinado por la naturaleza propia del asunto o por expreso mandato legal. Según el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, el juez ordenará la citación al proceso de aquellas personas, sin las cuales no fuere posible resolver de mérito. Dicha facultad la podrá hacer efectiva el juez, en el auto admisorio de la demanda, e incluso, hasta antes de proferirse sentencia de primera instancia, como ocurrió en el presente caso. Nota de Relatoría: Ver auto del 8 de marzo de 2001”.

**suscripción del presente documento hasta la terminación del Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico, salvo en las relacionadas con el Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción (...)**”, respecto de las cuales la Cedente, continuará vinculada al Contrato a cargo de su cumplimiento en la totalidad de su contenido (numerales 1º, 2º, y 4º, Parágrafo 1º, del Otrosí No. 15 del 10 de julio de 2008. Subrayas ajenas al texto), y se conserva “*la solidaridad entre cedente y cesionario por el término de cinco (5) años*”, esto es, hasta el 10 de julio de 2013.

La reserva de solidaridad concierne a la responsabilidad por obligaciones distintas a las del Plan de Obras de Rehabilitación y Reconstrucción, pues respecto de éstas, la cedente conservó su calidad de parte, íntegras las obligaciones, derechos, acciones y pretensiones, sin que la sociedad cesionaria haya asumido responsabilidad u obligación alguna ni adquirido derecho ninguno en esta parte de la relación jurídica contractual, por lo que la calidad de legítimo contradictor se radica exclusivamente en la Cedente, **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, titular exclusiva de este segmento de la relación jurídica contractual. Por supuesto que el laudo de este proceso, aún si fuere adverso a la Parte Convocada por los imputados incumplimientos y la pretendida terminación del Contrato, se circunscribiría a la misma, sin extenderse a la porción cedida.

Por demás, la existencia de la relación sustancial entre la contratante cedente y la contratante cesionaria plasmada en el Contrato de Cesión y la solidaridad estipulada en el Otrosí No. 15 del 10 de julio de 2008, se itera, por obligaciones diferentes a “**las relacionadas con el Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción (...)**”, no configura un litisconsorcio necesario. La sociedad **FERROCARRIL DEL OESTE S.A.** no responderá del cumplimiento de esas obligaciones contractuales, por haberse exceptuado expresamente y pactado la continuidad de la vinculación de **TREN DE OCCIDENTE S.A.** al Contrato de

Concesión, quien tiene la carga de cumplirlas conforme a la totalidad de las disposiciones contractuales relativas al mismo.

Lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que en las obligaciones solidarias el acreedor puede exigir la prestación de uno, de varios o de todos los deudores solidarios, y en el presente caso la relación sustancial y procesal debatida está circunscrita a la parte no cedida – al Plan de Obras de Rehabilitación-Reconstrucción –; tampoco es unitaria e inescindible ni exige una decisión uniforme e idéntica para todos.

Así, *verbi gratia*, en la hipótesis de resultar prósperas las pretensiones de incumplimiento y consecuencial terminación con reparación de daños, tal pronunciamiento se predicaría exclusivamente de la parte no cedida, sin alcanzar a la cedida, porque en virtud de la cesión parcial, precisamente se escindió la relación contractual en dos segmentos independientes, con partes y sujetos diferentes.

Por lo dicho, no prospera la excepción de falta de integración del legítimo contradictor.

### III. LA TACHA DE SOSPECHA DEL TESTIGO

La Convocada tachó por sospechoso al testigo Marco Amaya Álvarez en la audiencia del 16 de agosto de 2013 en virtud de su vinculación profesional con las empresas del proyecto, “y su demostrado interés en coadyuvar los esfuerzos de su antiguo empleador y contratante, como se ha demostrado en sus respuestas, incluso en esa procelosa actividad casi litigiosa de acompañar toda una serie de documentos, planos y demás”.

El legislador contempla la sospecha de testigos cuando en concepto del juez, éstos estén en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad por parentesco, dependencia, sentimientos o interés con las partes, apoderados, antecedentes personales u otras causas (art. 217 C. de P.C.). No obstante los motivos de sospecha, el testimonio debe apreciarse por el juez de manera más estricta con las demás pruebas y en el marco de las circunstancias en concreto (art. 218 C. de P.C.)<sup>68</sup> por cuanto, *“la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se aprecie con Mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha”*<sup>69</sup>, y ésta, *“no descalifica de antemano —pues ahora se escucha al sospechoso—, sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha, haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de Mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después —acaso lo más prominente— halla respaldo en el conjunto probatorio”*, de donde, es menester demostrar que *“la propia versión testifical no permite concederle, por ningún motivo, credibilidad; en una palabra, demostrar, con la labor crítica inherente, que lo declarado por el testigo, antes que enervar la desconfianza con que se lo mira de comienzo, acabó confirmándolo. Porque, insístase, lo sospechoso no descarta lo veraz”*<sup>70</sup>.

Por lo anterior, el juzgador debe recibir la declaración, considerar las causas de la sospecha, determinar el grado de convicción del testimonio y, en general, apreciarlo *“de acuerdo con las circunstancias de cada caso”* (Artículo 218 C. de P. C), para precisar si la ocurrencia de alguna de las razones disciplinadas en el

---

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencias de 11 de Febrero de 1979, 30 de Noviembre de 1999. G.J. t. CCLXI. Vol. II, pág. 1231, 19 de Agosto de 1981 y 22 de Febrero de 1984.

<sup>69</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencias de 19 de Septiembre de 2001, Exp. 6624; 26 de Octubre de 2004, Exp. 9505 y 28 de Julio de 2005, Exp. 6320.

<sup>70</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de Febrero de 1980.



ordenamiento, *verbi gratia*, el parentesco, la dependencia, el interés y relaciones con las partes o sus apoderados, afectan la credibilidad o veracidad del testigo.

Debe advertirse la necesidad de apreciar el marco de circunstancias específico, sin que por sí mismas la simple presencia de alguna de las causas normativas en el declarante comporte desestimar su credibilidad, siendo preciso que su dicho no corresponda a la verdad de lo declarado, por ser contrario a la realidad, o porque, se expone en forma sesgada, parcial o carente de objetividad para provocar un yerro en el juzgador.

En el caso concreto, no encuentra el Tribunal que las relaciones que existieron entre el testigo y la sociedad Convocante, o con las distintas compañías vinculadas al proyecto, o de la aportación de documentos en el curso de su declaración o de sus respuestas, desestimen su declaración, la cual será valorada y apreciada con los restantes elementos probatorios decretados y practicados en proceso.

Por lo tanto, se declarará infundada la sospecha.

En todo caso, por las razones que serán expresadas más adelante, quedará claro que dicho testimonio no es definitivo para la resolución de la desavenencia que opone a las partes.

#### **IV. LAS PRETENSIONES Y RESTANTES EXCEPCIONES PERENTORIAS**

Las controversias sometidas al Tribunal según la demanda arbitral derivan del Contrato de Concesión, en punto al cual la Parte Convocante pretende:

- (a) Declarar el incumplimiento de la Convocada a su obligación de entregar los predios necesarios para la ejecución de las actividades de reconstrucción, rehabilitación y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa a partir del 7 de mayo de 2009 (Primera Pretensión).<sup>71</sup>
- (b) Se declare que dio lugar por sus incumplimientos graves y la falta de saneamiento de ese tramo, a la terminación anticipada a partir del 1º de agosto de 2012, fecha de vencimiento de los seis meses acordados para solucionar o subsanar las causas de incumplimiento (Pretensión Segunda).<sup>72</sup>
- (c) En consecuencia de las anteriores pretensiones, declarar que la Convocante no está obligada a ejecutar las actividades pendientes, particularmente las relacionadas con la variante Caimalito y Cartago, ni al cumplimiento de las demás de obligaciones contractuales (Pretensión Tercera).<sup>73</sup>
- (d) Declarar que, a causa del incumplimiento de la obligación de entregar los predios necesarios para la ejecución de las actividades de reconstrucción, rehabilitación y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa a partir del 7 de mayo de 2009, la Convocada debe indemnizarle los perjuicios ocasionados por los conceptos relacionados según lo probado en proceso (Pretensión Cuarta).<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> "Primera: DECLÁRESE que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI incumplió su obligación de entregar los predios necesarios para la ejecución por parte de la sociedad TREN DE OCCIDENTE S.A. de las actividades de reconstrucción, rehabilitación y/o construcción del corredor Zaragoza – La Felisa, a partir de 7 de mayo de 2009, fecha posterior a la celebración del contrato de cesión"

<sup>72</sup> "Segunda: DECLARESE que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI dio lugar a la terminación anticipada del contrato, como consecuencia de sus incumplimientos graves y la falta de saneamiento del tramo Zaragoza – La Felisa; A partir de 1 de agosto de 2012, fecha en la cual se vencieron los seis (6) meses de plazo para subsanar o solucionar las causales de incumplimiento, de conformidad con la cláusula 108 del Contrato de Concesión."

<sup>73</sup> "Tercera: DECLÁRESE que en consecuencia de las dos anteriores pretensiones TREN DE OCCIDENTE S.A. no está obligada a la ejecución de las actividades que a la fecha se encuentren pendientes de conformidad con el último cronograma vigente, en especial aquellas relacionadas con la variante Caimalito y Cartago, así como tampoco al cumplimiento del resto de obligaciones contractuales".

<sup>74</sup> "Cuarta: En consecuencia de la pretensión declarativa primera DECLÁRESE que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI debe indemnizar los perjuicios ocasionados a la sociedad

- (e) Se condene a la Convocada a pagarle las sumas de \$1.062.189.335, \$770.678.487, \$1.367.148.846, \$10.610.541.725, \$8.141.814.744, o las probadas en proceso por los conceptos del *petitum* (Pretensiones de Condena primera a Quinta) con sus rendimientos o utilidades (Pretensión de condena sexta), también en forma indeterminada la indemnización por terminación anticipada prevista en la cláusula 116 del Contrato de Concesión conforme a lo probado (Pretensión de Condena Séptima) y liquidar el Contrato (Pretensión de Condena Octava).
- (f) En subsidio de la pretensión segunda, esto es, en caso de no declararse la terminación anticipada del Contrato de Concesión “como consecuencia de sus incumplimientos graves y la falta de saneamiento del tramo Zaragoza – La Felisa”, solicita declarar el incumplimiento de las obligaciones contractuales con grave perjuicio para el concesionario y el desarrollo de objeto contractual e imponerle multa por \$3.068.886.08 según la cláusula 96. Numeral 5° del Contrato.<sup>75</sup>

---

TREN DE OCCIDENTE S.A. por los conceptos que se relacionan a continuación, según lo que resulte probado dentro del proceso: 1. Por la mayor cantidad de mantenimientos en que se ha incurrido por la extensión indefinida del contrato para la reconstrucción, rehabilitación y/o construcción del corredor Zaragoza – La Felisa. 2. Por los costos de vigilancia generados para cuidar la maquinaria dispuesta en Corregimiento de Arauca, Municipio de Palestina, Departamento de Caldas., la cual no ha podido ejecutar las actividades contractuales debido a la falta de entrega de predios. 3. Por el stand by de personal, maquinaria y equipo generado por la imposibilidad de ejecutar las actividades contractuales debido a la falta de entrega de predios de los sectores Caimalito, Cartago y la Hacienda la Amapola para la ejecución de las actividades en el corredor Zaragoza – La Felisa. 4. Por los gastos de administración generados por la indefinida extensión del contrato dada la imposibilidad de ejecución del mismo por causa de la falta de entrega de predios de los sectores Caimalito, Cartago y la Hacienda la Amapola para la ejecución de las actividades en el corredor Zaragoza – La Felisa. 5. Por los gastos e inversiones en infraestructura, mejoras al corredor férreo con recursos propios (de TDO) en el corredor Zaragoza – La Felisa.”

<sup>75</sup> “4.2. Subsidiaria: Primera: En subsidio de la pretensión segunda de las declarativas a, en caso de no declararse la terminación anticipada del contrato como consecuencia de los incumplimientos graves de la Convocada en las fechas descritas en los hechos, sírvase Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, ha incumplido sus obligaciones contractuales, ocasionando un grave perjuicio para el CONCESIONARIO y para el desarrollo del objeto contractual del Contrato de Concesión de infraestructura y de obras de conservación de la red pacífica, de acuerdo a la parte motiva del presente escrito. Segunda: Como consecuencia de lo anterior, sírvase Imponer una multa en dinero, a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, equivalente a la suma de TRES MILLONES SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON OCHO CENTAVOS (\$3.068.886.08), de acuerdo al numeral 96.5 de la cláusula 96 del Contrato de Concesión.”

A estas pretensiones se opuso en su totalidad la Parte Convocada e interpuso además de las decididas en precedencia, las excepciones perentorias de transacción, inexistencia de incumplimiento, contrato no cumplido y la genérica, las cuales serán estudiadas conjuntamente con el *petitum* por concernir directamente al fondo del asunto, y en el orden propuesto, precisándose que de encontrarse probada alguna que enerve la pretensión declarativa de incumplimiento de la prestación de entrega y de cuya prosperidad penden las restantes, no será menester ocuparse de las otras.

Para adoptar su decisión, el Tribunal valoró ampliamente el material probatorio de cara al litigio planteado y en particular las pruebas documentales aportadas por las partes<sup>76</sup>, que dan cuenta de que previa Licitación Pública No. 001-98 y adjudicación según Resolución No. 820 del 4 de noviembre de 1998, el 18 de diciembre de 1998 se celebró el Contrato Concesión, cuyas estipulaciones relevantes se reseñan más adelante. Igualmente se acreditaron las modificaciones al contrato mediante otrosíes y algunas actas de acuerdo entre las partes. Asimismo, el Contrato de Cesión de fecha 10 de julio de 2008, el Contrato de Transacción el 31 de julio de 2002, las comunicaciones cruzadas entre las partes, los informes de las interventorías en los diferentes periodos de ejecución<sup>77</sup>, la intervención y pronunciamientos de la Procuraduría General de La Nación en torno a las dificultades que han rodeado la ejecución del Contrato de Concesión en materia predial. Obra en la referida prueba documental evidencia del comportamiento de las partes, la ejecución contractual y los pormenores vinculados con las obligaciones y los reclamos de que trata ese proceso, particularmente en punto de la obligación de entrega de los predios; la verificación y entrega del corredor férreo; las dificultades puntuales de varios de ellos, como es el caso del predio denominado La Amapola; la necesidad de reprogramar o suspender actividades y la ampliación de los plazos contractuales; las actuaciones administrativas y judiciales de expropiación o

---

<sup>76</sup> Cuadernos de pruebas Nos. 1 y 2.

<sup>77</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, DVD No. 2.

entrega de predios; la solicitud de realizar obras de emergencia; las denuncias de incumplimiento en razón de la falta de entrega de los predios por la entidad Convocada y sus respuestas; así como algunas actuaciones administrativas vinculadas con aspectos sancionatorios al concesionario; y, en fin, material abundante sobre la gestión contractual. Igualmente, por la vía del oficio que fue remitido por el Tribunal, la Agencia Nacional de Infraestructura remitió los documentos y actuaciones dentro de trámites judiciales y/o administrativos en los que constan las diligencias, trámites y/o gestiones adelantadas por ésta, tendientes a la adquisición de los predios necesarios para la ejecución de las actividades de rehabilitación, reconstrucción y/o construcción contratadas a la Convocante y el Pliego de Condiciones para la Concesión de la Red Férrea Pacífica Licitación Pública NO. 001-98.<sup>78</sup> Igualmente, como respuesta a otro oficio se incorporaron las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Sociedades dentro del trámite del Proceso de Reorganización de la sociedad **TREN DE OCCIDENTE S.A.**<sup>79</sup>, también se recibieron copias con constancia de notificación y ejecutoria, de las providencias del 13 de mayo de 2004 y 4 de septiembre de 2003 proferidas por la Sala Disciplinaria y la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal de la Procuraduría General de la Nación, respectivamente, dentro del expediente con radicación No. 161-02040 (165-075078/02).<sup>80</sup>

En audiencia que tuvo lugar el 16 de agosto de 2013 se recibieron los testimonios solicitados y decretados<sup>81</sup>, en cuya práctica varios testigos aportaron documentos relacionados con su declaración.<sup>82</sup>

Jorge Alfonso Fandiño Ramírez, especialista vial con maestría en gerencia de proyectos, quien asesoró a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** en el año 2000 y fue

---

<sup>78</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3.

<sup>79</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3.

<sup>80</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3.

<sup>81</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4.

<sup>82</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5.

Coordinador y luego Director Técnico del proyecto bajo un contrato de consultoría, se refirió a los procedimientos usados para los cronogramas de rehabilitación en cuanto a la continuidad lineal requerida; el método constructivo previsto para el Contrato de Concesión objeto de este proceso; y los problemas que afectaron la ejecución continua del plan de obra en lo relacionado con la falta de continuidad de corredor férreo por razón de las invasiones.<sup>83</sup> Marco Amaya Álvarez, ingeniero civil, quien trabajó en el proyecto con contratistas y luego con **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, se refirió a las dificultades que rodearon la ejecución en el tramo Cartago – La Felisa por virtud de la falta de entrega de los predios necesarios para el paso de la vía, soportado en material documental que entregó, relacionado con los trámites ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y el estado de las adquisición de predios. Se refirió a la necesidad de la continuidad de la vía para la ejecución de las obras y el transporte de maquinaria y equipos; la necesidad que se presentó de hacer un puente sobre el río Chinchiná para lograr la continuidad de las obras de construcción o rehabilitación; los efectos de la ola invernal entre los años 2010 y 2011; y las dificultades para el riego de balasto y la fuente el Boquerón para instalar la trituradora por la Convocante.<sup>84</sup> Irenarco Nivia Correal, también ingeniero civil, quien trabaja para **TREN DE OCCIDENTE S.A.** mediante contrato de prestación de servicios dirigiendo la parte técnica de las labores de rehabilitación entre Cartago y La Felisa, se refirió a los problemas para la construcción de la variante en ese tramo de la vía; la afectación del corredor férreo por ola invernal; el método constructivo de una vía férrea; la falta de continuidad a la altura de Zaragoza por la falta de entrega de los predios requeridos; la necesidad que se presentó de hacer un puente sobre el río Chinchiná para lograr la continuidad de las obras de construcción o rehabilitación; las invasiones con construcciones subnormales y hasta con servicios públicos apostados sobre el corredor férreo o de manera adyacente; los problemas del predio La Amapola; la imposibilidad de ejecutar las obras

---

<sup>83</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 1 a 7.

<sup>84</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 8 a 17.

pendientes; las dificultades de orden administrativo; y la elaboración de los cronogramas de obra.<sup>85</sup> Juan Carlos Castaño Araque, ingeniero civil, quien fue contratado por **TREN DE OCCIDENTE S.A.** para diseñar las obras tendientes a la estabilización de 18 puntos críticos en la vía férrea a la altura de Garrapatas Irra - La Virginia Irra por causa de la ola invernal de los años 2010 y 2011 abordó puntualmente ese aspecto del debate.<sup>86</sup> Ricardo Amaya Laporte, de igual forma ingeniero civil, quien fue contratado por **TREN DE OCCIDENTE S.A.** dentro de los trabajos para la rehabilitación de la vía férrea, se refirió al método constructivo de un vía férrea; la parálisis de los trabajos; la afectación generada por el predio La Amapola y la falta de predios en general; las dificultades para el desplazamiento de la maquinaria desde el centro de acopio y la contratación de equipos; la intervención del puente sobre el río Chinchiná; la falta de acción de la entidad pública en aceptar las medidas propuestas para solucionar los puntos críticos; y el suministro y riego de balasto.<sup>87</sup>

Se tuvo en cuenta, el dictamen pericial técnico<sup>88</sup> rendido el 11 de octubre de 2013 por el Ingeniero Rafael Antonio Dueñas Contreras<sup>89</sup> y aclarado y complementado el 9 de enero de 2014.<sup>90</sup> El dictamen versó sobre la forma de ejecución del tipo de obras contratadas entre las partes, las afectaciones que se generan al no contar con los predios para la ejecución de actividades contractuales y el impacto de no contar con las obras de emergencia, ante la ola invernal ocurrida en los años 2010 – 2011. Abordó aspectos como el proceso constructivo y la rehabilitación de la vía férrea en general y en particular, los equipos necesarios, el suministro y riego de balasto, las afectaciones sufridas en el corredor férreo, el cronograma y las actividades afectadas por la ola invernal, etc.

---

<sup>85</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 18 a 27.

<sup>86</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 28 a 33.

<sup>87</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 34 a 38.swxedsese

<sup>88</sup> Cuadernos de Pruebas No. 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4.

<sup>89</sup> Cuaderno de Pruebas Nos. 7.1, 7.2 y 7.3.

<sup>90</sup> Cuaderno de Pruebas No. 7.4.

Este dictamen fue controvertido por la demandante en ejercicio del derecho de contradicción, según escrito replicado por la Convocada del 24 de febrero de 2014, con el cual aportó, al amparo del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, unas “experticias” rendidas por los ingenieros Holbert Corredor Romero, Richard Ernesto Bayona, Angélica Moncada y Juan Camilo Castro.<sup>91</sup> Concretamente, la contradicción fue motivada porque, en opinión de la Convocante, el perito presentó un análisis de las obras “pendientes” de ejecución sin que ello se le hubiera preguntado y sin presentar un análisis completo que justificara sus afirmaciones o las circunstancias que ocasionaron tal situación, concretamente en cuanto a la actividad de “suministro de balasto”, construcción de variantes y obras “entre variantes”, obras en la variante Caimalito y Garrapatas, rehabilitación de los tramos Garrapatas y La Amapola – La Felisa y obras especiales; porque el perito no habría abordado la respuesta a la pregunta sobre los procesos de rehabilitación de vía férrea sobre el caso concreto y no de manera general como se le pedía; porque la pregunta sobre lo que ocurre si no hay carretables cercanos y tampoco se puede hacer uso de la vía férrea la respondió sin hacer referencia al número y costo de las obras, afirmando sin soporte alguno que lo imprevisible debe preverlo el contratista, tal y como lo hace respecto de los dos eventos principales de alteración del contrato, los predios y la ola invernal, y confunde obras especiales con obras de emergencia; porque respondió sobre las condiciones actuales del tramo relativo al puente Garrapatas y La Amapola sin hacer un análisis global del trayecto e ignorando respuestas precedentes en sentido diverso; porque concluye que en el tramo mencionado se podían terminar algunas actividades contradiciéndose con los 18 puntos críticos que validó como de inestabilidad y porque no dio claridad sobre la importancia que tiene para la construcción de una vía férrea de contar con un tramo saneado, entero y sin fraccionamientos; porque sobre el tema del riego de balasto no presentó un análisis técnico de las situaciones descritas en la correspondencia contractual ni abordó las razones aducidas por el concesionario

---

<sup>91</sup> Cuaderno de Pruebas No. 8.



ni la programación de actividades; porque su pronunciamiento sobre la defensa del puente sobre el río Otún fue producto de su propia iniciativa y sin sustento técnico. La experticia realizada por los ingenieros Holbert Corredor Romero y Richard Ernesto Bayona acerca de todos los aspectos técnicos de ejecución contractual y la experticia elaborada por Angélica Moncada y Juan Camilo Castro sobre el punto específico del Puente del Río Otún, controvierten los aspectos anteriores y presentan una visión diferente de la problemática, la cual también tuvo oportunidad de examinar el Tribunal. Finalmente, el dictamen pericial contable rendido por la experta Integra Auditores Consultores S.A. el 15 de octubre de 2013<sup>92</sup> aclarado y complementado el 13 de enero de 2014 <sup>93</sup>, a solicitud de ambas partes contenidas en sus escritos radicados el 18 de noviembre de 2013<sup>94</sup> y no objetado, presenta la valoración y cuantificación de las sumas de dinero invertidas por la Convocante que son objeto de reclamo por perjuicios.

Todos los elementos probatorios fueron examinados por el Tribunal y fueron tomados en cuenta para esta decisión, de cara a las pretensiones formuladas, la contestación a la demanda, excepciones, argumentos de las partes y concepto del Ministerio Público, y a ellos se hará referencia en lo pertinente.

Para decidir, el Tribunal considera:

1. **El Contrato celebrado y su disciplina normativa.**

Previa Licitación Pública No. 001-98 y adjudicación según Resolución No. 820 del 4 de noviembre de 1998, el 18 de diciembre de 1998 la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS -FERROVIAS- (sustituida por el INCO<sup>95</sup>, y

---

<sup>92</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 1 a 238.

<sup>93</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 239 a 266.

<sup>94</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 668 a 691.

<sup>95</sup> Art. 1º. Decreto 1791 de 2003, 1º y 18 Decreto 1800 de 2003. Otrosí No. 9 del 12 de diciembre de 2003.

éste por ANI) y la sociedad TREN DE OCCIDENTE S.A., celebraron el Contrato Concesión de Infraestructura y de Obras de Conservación de la Red Pacífica No. 09-CONP-98, cuyo objeto se pactó en los siguientes términos.

“CLAUSULA 1. OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

El presente contrato de concesión, tiene por objeto:

1.1. Otorgar en CONCESIÓN la infraestructura de transporte férreo que forma parte de la red Pacífica, según determinación que de la misma se hace en el numeral 3.2 del Pliego de Condiciones, para su rehabilitación, conservación, operación y explotación por parte del CONCESIONARIO, infraestructura que se detalla en el ANEXO 5 y el numeral 3.1 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 001-98, y que incluye las siguientes líneas: Buenaventura (PK 0) – Cali (PK 170) – La Felisa (PK 459); Zarzal (PK 304) – La Tebaida (PK 343)

1.2. Otorgar en CONCESIÓN la construcción, operación y mantenimiento de un Terminal de Transferencia de Carga en La Felisa, la cual, para todos los efectos legales, se considerará incorporada a la infraestructura de transporte férreo una vez concluida su construcción

Adicionalmente se cederá al CONCESIONARIO el derecho de paso que actualmente FERROVIAS mantiene sobre el tramo comprendido dentro del área urbana de Cali (PK 170), el que se incorporará a la infraestructura de transporte férreo una vez la tenencia de la misma sea recuperada por FERROVIAS en el evento de una terminación anticipada del contrato de arrendamiento que actualmente se encuentra vigente sobre dicha estructura en favor del municipio de Santiago de Cali”.

De su contenido, se destaca:

- a) El plazo de 30 años desde el acta de iniciación que se suscribirá dentro de los 20 días y podrá extenderse conjuntamente o en casos de alteración relevante de sus condiciones (Cláusulas 5 y 6).
- b) Régimen de bienes (Capítulo III, Cláusulas 7 a 11).
- c) En la concesión de la infraestructura concesionada, el Concesionario adquiere el derecho a explotar económicamente la red entregada en concesión especialmente a través de la prestación del servicio público de transporte de carga, ejecutar la construcción, operación y mantenimiento de una terminal de transferencia de carga en la Felisa, y asume las obligaciones de *“rehabilitar y conservar la infraestructura entregada en*

*concesión”, operarla y administrarla, garantizar la prestación eficiente del servicio de transporte público de carga, asumir por cuenta propia los recursos y “financiación total del plan de obras de rehabilitación ... en lo que exceda el aporte requerido de FERROVIAS” (2.5), las actividades de conservación, administración y operación, obtener licencias, permisos y defender los bienes. La Concedente contrae la “obligación de entregar al Concesionario la vía férrea y demás activos que se ofrecen en concesión, en las condiciones previstas en el presente contrato” (15.1), y el “saneamiento de los bienes entregados en concesión, cuando se interrumpa la tenencia pacífica de los bienes por parte de EL CONCESIONARIO a través de acciones judiciales o de hechos que pongan entre dicho los derechos que den origen a la presente concesión” (15.6)*

- d) En la concesión de obras, el Concesionario tiene derecho a acceder al tramo cuya conservación le concierne y a recibir la remuneración pactada. Debe mantener y rehabilitar los bienes, diseñar y ejecutar a su riesgo las obras, trabajos y actividades para conservarla y rehabilitarla, obtener licencias y permisos, elaborar estudios de impacto y manejo ambiental (Capítulo V).
- e) El Concesionario se obligó a adelantar las obras de rehabilitación necesarias, - civiles, mecánicas, eléctricas y del sistema de control –, para optimizar las condiciones de operación de la red que permitan garantizar la operación eficiente de la infraestructura y la prestación continua y adecuada del servicio público de transporte en condiciones de seguridad (Capítulo VII, Cláusulas 20 a 28).
- f) La rehabilitación se hará de conformidad con el Plan de Obras de Rehabilitación (Anexo 4 del Contrato) dentro del término de 4 años

contados desde la aprobación de diseños del primer año de ejecución, se iniciará dentro de los seis meses siguientes a la firma del acta de iniciación; se prorrogará por un plazo igual a los del retado por las causas señaladas (Cláusula 21); sus diseños constructivos serán aprobados por la Concedente con sujeción al procedimiento convenido (Cláusulas 24 y 25) y su financiación se hará con aportes de esta última por \$162.265.200.000 y en el exceso el Concesionario asumió el riesgo de obtenerlos, también los pertinentes a los procedimientos y métodos de diseño y construcción. El plan de obras puede variar por fuerza mayor (Cláusula 29).

- g) El Concesionario efectuará las obras de conservación de la infraestructura (Cláusulas 30 a 32).
- h) La administración y operación de la infraestructura (Capítulo VIII, Cláusulas 33 a 37) la hará el Concesionario, y contrae la garantía de prestar el servicio de transporte (Capítulo X, Cláusulas 33-43).
- i) Los riesgos y garantías de las partes (Capítulo XIII).
- j) En particular, el Concesionario asume entre otros, *“especialmente los riesgos de la rehabilitación, conservación y operación”* y comparte con la entidad concedente los de afectación por actos de violencia o terrorismo, ataques de terceros o desastres naturales como sismos, avalanchas, inundaciones o desprendimientos, siempre que aquél haya adelantado *“razonablemente y con suficiente diligencia las obras requeridas, de manera que el desastre no hubiera podido ser minimizado con obras de ingeniería inherentes a la labor de rehabilitación o conservación que le corresponda”*, en cuyo caso, se le reembolsará el valor presente de *“los*

*costos de la reposición de la infraestructura, y de reparación de los daños directos que la lleguen a afectar, excluido el lucro cesante”.*

- k) La concedente, “no asumirá en ningún caso el riesgo geológico, ni ningún otro riesgo que no esté referido a la presente cláusula, y así mismo, por ninguna razón asumirá el valor del daño emergente o del lucro cesante que sufra el CONCESIONARIO por la suspensión de sus operaciones ni por ninguna otra causa” (Cláusulas 66 y 67) y el Concesionario puede exonerarse por fuerza mayor o caso fortuito, por hecho de un tercero o incumplimiento de la concedente con relación causal directa entre el hecho y la prestación incumplida (Cláusula 68).
- l) Se estipulan las garantías del contrato (Cláusulas 70 a 73), prohibición de abuso de posición dominante y protección de la libre competencia (Capítulo XIV), el régimen de información, confidencialidad, auditoría (Capítulo XV), supervisión durante la rehabilitación y en los restantes aspectos (Capítulo XVII).
- m) En virtud de la concesión, el Concesionario efectuará por su cuenta, riesgo y costo “*la rehabilitación y conservación de la infraestructura concesionada*”, obras y actividades requeridas, en especial las “*de rehabilitación*” necesaria – incluso futura – para asegurar la capacidad de la vía férrea y la atención del tráfico durante la concesión, salvo las obras de ampliación de la trocha, y su remuneración se conforma por todos los recursos provenientes de la explotación comercial y los aportes de la concedente con destinación específica (Capítulo XVI, Cláusulas 83-85).
- n) Se pacta la cesión de contrato, “multas”, causas y procedimiento (Capítulo XIX, Cláusulas 91-97), la terminación anticipada, indemnizaciones, la cláusula de reversión, terminación, modificación e

interpretación unilaterales, liquidación, mecanismos de solución de conflictos, sujeción a la ley colombiana y renuncia a reclamación diplomática, régimen fiscal, régimen legal ( normas civiles y comerciales vigentes, Ley 80 de 1993 y Ley 105 de 1993), documentos, sujeción a las apropiaciones presupuestales (Cláusulas 98-147).<sup>96</sup>

Durante su ejecución las partes suscribieron los Otrosís 1 a 16<sup>97</sup>, Actas de Acuerdo y Entendimiento, y un Contrato denominado Transacción, el 31 de julio de 2002.<sup>98</sup>

Por su objeto, prestaciones, contenido y naturaleza de la entidad concedente, el Contrato de Concesión es un contrato estatal de concesión de obra pública.

En su virtud, se entregó a título de concesión la *“infraestructura de transporte férreo que forma parte de la red pacífica, (...) para su rehabilitación, conservación, operación y explotación por parte del CONCESIONARIO”*, a través de la prestación del servicio público de transporte ferroviario carga<sup>99</sup>, lo que es consonante con el artículo 81 de la Ley 336 de 1996, según el cual, *“[l]a infraestructura férrea podrá ser concesionada en los términos de las normas vigentes y el concesionario tendrá bajo su responsabilidad efectuar la rehabilitación, mantenimiento, conservación, control, operación de la vía y prestación del servicio de transporte”*.

---

<sup>96</sup> Cuaderno de Pruebas N-1, folios 1 a 86; Cuaderno de Pruebas No. 7-2, folio 355

<sup>97</sup> Cuaderno de Pruebas No. 7-2, folios 46-a 112

<sup>98</sup> Cuaderno de Pruebas No. 7-2, folios 46-a 112

<sup>99</sup> Laudo Arbitral pronunciado el 20 de mayo de 2011 por el Tribunal de Arbitramento de Tren de Occidente S.A. contra Instituto Nacional de Concesiones –INCO- Sociedad Colombiana de Ingenieros-Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición: “[...] al examinar el objeto del Contrato de Concesión de Infraestructura y de Obras de Conservación de la Red Pacífica No. 09-CONP-98, se advierte que a través suyo se otorgó en “...CONCESIÓN la infraestructura de transporte férreo que forma parte de la red Pacífica, (...) para su rehabilitación, conservación, operación y explotación por parte del CONCESIONARIO,” lo cual deja ver sin duda alguna que se trató de un típico Contrato de Concesión de obra pública”, y su régimen contractual es el “fijado en la Ley 80 de 1993” con arreglo a cuyo artículo 13 “en concordancia con el artículo 30 de la Ley 105 de 1993 y el artículo 81 de la Ley 336 de 1996 , normas especiales en materia de transporte, las disposiciones aplicables a la relación comercial en comento son las normas comerciales y civiles pertinentes, “...salvo en las materias particularmente reguladas” en la misma Ley 80, según lo establece su artículo 13, en concordancia con sus artículos 3 y 40 ”.

En el derecho público, la locución concesión concierne a la gestión, organización, financiación, funcionamiento, prestación o explotación de los servicios públicos, la construcción de obra pública u otorgamiento de un derecho temporal, permiso, licencia, habilitación o autorización para usar y explotar un bien o recurso público (*ad exemplum*, recursos naturales renovables, playas, puertos, juegos de suerte y azar).<sup>100</sup>

En el contrato estatal de concesión<sup>101</sup>, la concedente, el Estado o entidad de derecho público, confiere a la concesionaria, la organización, funcionamiento, prestación, operación, explotación o gestión de servicios públicos, la construcción de una obra pública o la explotación de bienes estatales, por su propia cuenta, riesgo y costo a cambio de una contraprestación, consistente, ya en beneficios, estímulos, ayudas, garantías, subvenciones estatales, ora en el precio del servicio percibido de los usuarios.

El de concesión estatal es un contrato con *nomen*, tipicidad y disciplina *legis*, *intuitu personae*, oneroso, de prestaciones correlativas, usualmente de larga duración y de ejecución sucesiva.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> VM. María Diez, Derecho Administrativo, III, Contratos, Función pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp. 267; Enrique Sayagues Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 y ss.

<sup>101</sup> Artículo 32, numeral 4º de la ley 82 de 1993, preceptúa: "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden".

<sup>102</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996; Sentencia C-711 de 1996; Sentencia C-126 de 1998; Sentencia C-350 de 1997; Sentencia C-647 de 1997; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 7 de marzo de 1994; André De Laubadere., "Traité du Droit Administratif". París. 1934. Tit. I-, M. Maria Diez, Derecho Administrativo, III, Contratos, Función pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp. 267. Roberto Dromi Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994; Fernando Garrido., Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pp. 358 ss; Enrique Sayagues Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 ss. G. Vedel, Derecho Administrativo, Biblioteca jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 708.

La prestación, operación, explotación, organización o gestión de una obra o bien destinado al servicio público por cuenta y riesgo del concesionario, y la remuneración, contraprestación o retribución (arts. 1501, C.C. y 898 [2], C. de Co.), configuran elementos esenciales del contrato estatal de concesión. La retribución, podrá consistir en suma única o porcentual, fija, variable o periódica, determinada o indeterminada pero determinable, *“en derechos, tarifas, tasas, valorización [...] y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”*, no prohibida por la ley y sujeta a la simetría prestacional (art. 32, Ley 80 de 1993)<sup>103</sup>, usualmente proveniente de la prestación del servicio público o explotación de los bienes concedidos, y establecida según el objeto del contrato, servicio, obra o bien, complejidad, prestaciones, esquema financiero, inversiones, riesgos, garantías, duración y la equivalencia contractual.<sup>104</sup>

La Corte Constitucional en sentencia C-312 de 2012, observó *“tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos”*, la remuneración podrá consistir en *“(...) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual”*, entre otras posibilidades, y *“es regularmente fruto de la explotación de la obra y de los servicios derivados de ella”*, por ejemplo, en los de explotación de obra, *“mediante el cobro de peajes y/o contribución por valorización a los usuarios o beneficiarios de la misma. En el caso de los peajes, la autorización de cobro se extiende regularmente hasta que el contratista recupere la inversión y obtenga la*

---

<sup>103</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias 10929 de octubre 15 de 1999 y 30 de noviembre de 2006, Expediente 13.074

<sup>104</sup> Artículos 3º, inc. 2; 4º, numerales 3º, 8º y 9º; 5º, 14-1, 23, 25-14, 26, numeral 2º; 27, numeral 1º; 28 y 50 Ley 80 de 1983; Ley 1150 de 2007; 2º, 13, 58, 83 y 90, Constitución Política.



*remuneración en los términos pactados. Es de acuerdo con este criterio con que se fija entonces el plazo del contrato”.*<sup>105</sup>

De su parte, el Consejo de Estado ha precisado que caracteriza la concesión de obra pública, la asunción por el concesionario de las obligaciones de construir las obras, ponerlas en funcionamiento o explotarla, generar ingresos con la explotación y pagarse la inversión.<sup>106</sup>

En similar sentido ha indicado la jurisprudencia arbitral:

“La concesión de obra pública, en los términos de su definición legal, no es cosa distinta que una de las múltiples modalidades permitidas por la ley para la ejecución de una obra pública; en efecto, su construcción se “comete” o encarga por la administración a un particular, quien se hará cargo de

<sup>105</sup> En Sentencia C-250 de junio 6 de 1996, dijo: “De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características: a) Implica una convención entre un ente estatal – concedente – y otra persona – concesionario; b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público. c) Puede tener por objeto al construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público [...]. e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. [...] g) Dada la naturaleza especial del Contrato de Concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.”. En sentencia C-126 de 1998, reiteró: “32- [...]por medio de la concesión, las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originalmente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Las labores se hacen por cuenta y riesgo del concesionario pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación”. En la sentencia C-983 de 2010, Exp. 8171, puntualizó: “De esta definición se deducen los siguientes elementos del Contrato de Concesión: (i) son aquellos celebrados entre un grupo de personas o asociación y entidades estatales; (ii) tienen como fin actividades tales como la prestación, operación, funcionamiento, explotación, organización, gestión o construcción; (iii) estas actividades se refieren a un servicio público, a una obra o bien destinados al servicio público; (iv) la responsabilidad de estas actividades recae en el concesionario; (v) la vigilancia y control de estas actividades corresponde a la entidad pública contratante; (vi) la contraprestación en estos contratos consiste en derechos, tarifas, tasas, valoración, en un canon periódico, único y porcentual, en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en otra modalidad de contraprestación acordada”.

<sup>106</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 marzo de 2007, Expediente 11.542: “[...] se caracteriza porque el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción. Así lo dispuso la ley 105 de 1993 al regular la concesión de obra pública. Para algunos doctrinantes, el elemento diferencial de este contrato, ‘no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento. Es decir, la concesión de obra pública es concebida hoy por los textos normativos vigentes no solamente como una forma de ejecución y financiamiento de una obra pública, sino además como una forma distinta de gestionar los servicios de infraestructura pública”.

la consecución de los recursos –técnicos y financieros- requeridos para su ejecución, asegurándose el repago de la misma, mediante la cesión por la entidad concedente, autorización de recaudo o pago directo de “derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.<sup>107</sup> Será entonces la fuente de los recursos destinados a financiar la construcción de la obra, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional, distinguiéndolo del tradicional contrato de obra pública: Su construcción se acometerá con “la financiación a cargo del concesionario pero repago por los terceros usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje<sup>108</sup> –sin perjuicio de cualquier forma de repago que adopten las partes en el contrato-. Este elemento “distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio”.<sup>109</sup>

Lo anterior ha dado pie para que se defina la concesión, más que como un contrato estatal de obra bajo una determinada modalidad –sistema concesional-, como un típico negocio financiero: [...]

“El concesionario tendrá a su cargo la construcción y explotación de la obra por su cuenta y riesgo, lo que implica la consecución de los recursos técnicos y económicos requeridos a tal fin; como contrapartida el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra, la remuneración correspondiente, que usualmente consistirá en la explotación económica de la misma, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio<sup>110</sup>, por un plazo determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra, y de esta forma, igualmente se garantice la utilidad que lo movió a celebrar el contrato, de conformidad con las normas legales que regulan la materia”.<sup>111</sup>

El Contrato de Concesión 09-CONP-98, generatriz de las controversias, por su objeto y disciplina *legis* es un contrato estatal de concesión de obra pública regido por los principios rectores del interés público, social o general, la función administrativa y los servicios públicos (arts. 1º y 209 Constitución Política), la Ley 105 de 1993 (arts. 30 a 36)<sup>112</sup>, la Ley 80 de 1993, normas reglamentarias, y “*salvo en las materias particularmente reguladas*” por éstas, por el Derecho Privado.<sup>113</sup>

<sup>107</sup> “Artículo 32, numeral 4, Ley 80 de 1993.”

<sup>108</sup> “La cesión del peaje, pontazgo o los derechos que deben pagar los usuarios por el uso de la obra pública en tanto bien público de uso público, constituye el modo más usual de garantizar el repago de la inversión al concesionario.”

<sup>109</sup> SAYAGUES LASO, Enrique. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Montevideo, 1959, No. 559.

<sup>110</sup> “Lo que no implica un monopolio”.

<sup>111</sup> “Laudo Arbitral de 24 de agosto de 2001, Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta. Paraguachón S.A.- INVIAS. En análogo sentido, Laudo arbitral del 26 de marzo de 2003, Tribunal de Arbitramento de Concesión Sabana de Occidente S.A. contra Instituto Nacional de Vías-Invias-.

<sup>112</sup> Modificada por leyes 1682 de 2013 (D.O.48.982 de 22 de noviembre de 2013); 1450 de 2011 (D.O. 48.102 del 16 de junio de 2011); 787 de 2002 (D.O. 44020 de diciembre 30 de 1993); 443 de 1998 y 276 de 1996; Decretos 955 de 2000, 1179 de 1999.

<sup>113</sup> Artículos 30 de la Ley 105 de 1993; 3º, 13 y 40 de la Ley 80 de 1993; y 81 de la Ley 336 de 1996.

2. **La Pretensión declarativa de incumplimiento de la obligación de entregar y saneamiento, y las excepciones de “transacción” e “inexistencia de incumplimiento”.**

Pretende la sociedad Convocante se declare el incumplimiento por la Convocada de su obligación de entregarle los predios necesarios para ejecutar las actividades de reconstrucción, rehabilitación y/o construcción del corredor Zaragoza-La Felisa a partir del 7 de mayo de 2009, fecha posterior a la cesión (Primera Pretensión).

En su contra, la Parte Convocada interpuso, en primer lugar, la excepción denominada de transacción, seguidamente las de inexistencia del incumplimiento pretendido y la de contrato no cumplido.

En síntesis, la Convocada indica que no se configura el incumplimiento pretendido apoyándose en la celebración de un Contrato de Transacción el 31 de julio de 2002, por el cual, la sociedad Convocante aceptó (i) recibir el tramo en las condiciones entonces existentes, (ii) esperar la labor conjunta para obtener la restitución de las zonas afectadas con la rehabilitación y reconstrucción, (iii) renunció a formular reclamaciones por retardos en la entrega y, a cambio, recibió *“USD\$28 millones de dólares de los Estados Unidos de América según lo establecen las cláusulas cuarta y quinta del presente contrato”*.

La Convocada, además de la Transacción, estudia las distintas estipulaciones pertinentes de los pliegos, el Contrato de Concesión, sus modificaciones, la Cesión, los testimonios y el dictamen técnico.

La Parte Convocante se opuso a esta excepción porque:

*“...el Contrato de Transacción del 31 de Julio de 2002, suscrito entre mi representa y FERROVIAS –hoy ANI-, bajo ningún caso constituye TRANSACCIÓN alguna sobre las pretensiones que sustentan la presente acción, conforme a las normas sustanciales*

establecidas por la legislación colombiana, pues el mismo terminó en el 2005 y se firmó en el 2000, generando nuevas obligaciones que también fueron incumplidas.”; la obligación de entrega y saneamiento asumidas por la entidad concedente, fueron incumplidas antes y después de su celebración; el cumplimiento de las obligaciones contraídas por este contrato debía hacerse hasta el 5 de agosto de 2005, “...periodo durante el cual no se dio cabal cumplimiento a lo pactado, dejando sin efectos sus disposiciones, pues finalizó su vigencia”; al no prorrogarse pudiendo serlo, “...por todo el tiempo que requiera la solución de reubicaciones o variantes al tramo expropiado por el municipio de Pereira y todas las que se requieran a lo largo del corredor férreo”; sus efectos se restringen a lo transigido sin comprender incumplimientos producidos desde el 5 de agosto de 2005, “pero que iniciaron desde la firma del contrato”; tiene todo derecho a “...reclamar sobre las obligaciones posteriormente contraídas por la ANI, pese a que recaigan sobre el mismo objeto, la entrega de predios y saneamiento del corredor”, teniendo como fundamento de ello el incumplimiento acreditado por parte de FERROVIAS respecto de la obligación de saneamiento de los bienes inmuebles objeto del corredor férreo, lo cual impidió que TDO pudiera ejecutar las actividades de rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza – La Felisa objeto de la transacción”, las concesiones además “...no tienen el carácter de recíprocas, se efectuaron porque las circunstancias así se presentaron, por tanto, cabría preguntarse ¿qué transacción de derechos presuntamente se acuerdan dar por terminados en los documentos citados?, pues claramente ninguno...”.

Además, la Convocante agrega que:

“Finalmente resulta oportuno mencionar, que la siguiente afirmación sobre la gestión predial “labor que por lo demás se estipula expresamente debe ser cumplida conjuntamente entre FERROVIAS” es falsa, pues los párrafos de la cláusula tercera del contrato de Concesión, deben ser leídos de manera conjunta y no independiente, como lo pretende el apoderado de la Convocada, que por demás fue un asunto que se puso sobre la mesa en la Audiencia del 16 de agosto de 2013, durante la recepción de los testimonios.

El párrafo primero de la referida cláusula obliga a la actividad conjunta de RESTITUCION, entre TDO y la Contratante, y el párrafo segundo claramente determina que la gestión predial es responsabilidad de la contratante y define cuales son las obligaciones propias de la Convocante:

**[...]Ferrovías se compromete a suministrar al Concesionario los terrenos necesarios a través de los mecanismos a su alcance**, como son: en primer lugar, los aportes de terrenos parciales o totales, o su equivalente en dinero, que debe hacer el municipio de Pereira a manera de indemnización por el acto ilegal de expropiación del corredor férreo, mediante demanda que adelanta la entidad, y el apoyo de las gobernaciones de Risaralda, Caldas, Valle, así como los aportes que deberá realizar la Nación, en caso de que ello fuere necesario. **El concesionario se compromete por su cuenta y riesgo a realizar los estudios, obras civiles, licencia ambiental y permisos; y toda las actividades requeridas para construir la variantes férrea que permita la continuidad técnica – operativa eficiente de la línea férrea concesionada**”. (Negrilla y subraya fuera de texto original)

“En definitiva ambos Parágrafos deben leerse en conjunto, la obligación del primero, se refiere a actuar de manera conjunta en la RESTITUCIÓN de las áreas afectadas, por lo que es pertinente, remitirnos al significado del verbo rector; el diccionario de la Real Academia Española, define: “Restitución: Acción y efecto de restituir”, y sobre restituir: **“Volver a quien lo tenía antes**. Restablecer o poner algo en el estado que antes tenía”. (Negrilla y subraya fuera de texto)

Ahora, en cuanto al párrafo segundo, este si se refiere a la gestión predial, partiendo del supuesto que aquello estipulado en el párrafo primero no sea viable –restitución – se procederá a la construcción de las variantes, donde la obligación de predios es única y

exclusivamente de la Contratante, incluso, refiriéndose de manera expresa a cuales eran las obligaciones propias de TDO: realizar los estudios, obras civiles, licencia ambiental y permisos; y toda las actividades requeridas para construir la variantes férreas”.

Seguidamente, la Parte Convocante en su alegato de conclusión estudia con detenimiento el incumplimiento de la obligación de entregar y sanear los predios, analizando las estipulaciones de los pliegos de condiciones, del Contrato de Concesión, sus Otrosíes, el Contrato de Cesión y el Contrato de Transacción, los riesgos asumidos, la prueba testimonial, los dictámenes periciales rendidos en el proceso y los aportados en contradicción.

La Convocante enfatiza la conclusión del dictamen rendido por el perito Rafael Antonio Dueñas en respuesta a la pregunta 2.1.2, según la cual:

“De conformidad con el pliego de condiciones, con el contrato No. 09- CONP-98 suscrito el 18 de diciembre de 1998, con el Otrosí No.3 del 14 de marzo del 2000 al contrato de Concesión, Contrato de Transacción del 31 de julio de 2012 y el Acta No. 57, la Entidad contratante debía hacer entrega de los bienes inmuebles y específicamente del corredor férreo en aquellos en los que exista una vía férrea que permita tránsito de trenes existiendo continuidad entre los tramos que reciba el concesionario. Adicionalmente el concesionario solo estaba obligado a recibir el corredor y los demás bienes inmuebles diferentes al corredor, por tramos completos y contiguos entre nodos generadores de carga. Se considera nodo generador de carga las siguientes estaciones: Buga, Tuluá, Zarzal La Tebaida, Cartago y la Felisa. Con el fin de que Tren de occidente S.A. pudiera atender sus obligaciones de construcción, rehabilitación y reconstrucción de la vía férrea Cartago – La Felisa bajo los principios de eficiente y buena ingeniería ferroviaria, se debieron entregar los predios antes de iniciar los trabajos, con el fin de ejecutar lo planificado cumpliendo los objetivos y midiendo el logro de estos , por cuanto una construcción y/o rehabilitación requiere ejecutar todas las actividades interrelacionadas optimizando tiempos, operación de maquinaria férrea, distribución de materiales y personal , cumpliendo así con el plan de obras en los plazos pactados bajo el principio de la buena calidad , estabilidad y ...duración de las obras.” (Negrilla y subraya fuera de texto original).

Destaca, asimismo, la aclaración 2.12. conclusión al expresar que *“En lo relativo al tramo Zaragoza - La Felisa, la condición de continuidad entre tramos no se cumplió para los sectores Variante Cartago, Variante Caimalito y saneamiento del predio la Amapola.”* (Negrilla fuera de texto original), y del acta de inspección de fecha anterior a la finalización del plazo contractual, que la Superintendencia General de Puertos, realizó el 8 de noviembre de 2012, lo siguiente:

“De acuerdo con lo observado en la presente visita de Inspección y lo que se pudo evidenciar en lo referente al estado del proyecto frente a los puntos de la vía, se concluye que las obras de construcción en el corredor Férreo en el Tramo de Cartago – La Felisa no pueden

realizarse mientras se mantenga la discontinuidad en los predios entregados al concesionario ya que las condiciones de construcción para las vías férreas, se desarrollan de manera continua, es decir a medida que avanza la habilitación de la vía [...]”.

A continuación, la Convocante recuerda que en el “*Contrato de Transacción del 31 de julio de 2008, la convocada se obligaba a entregar los predios antes de iniciar los trabajos, con el fin de ejecutar lo planificado a TDO correspondiente al trayecto Cartago – La Felisa*”. La Convocada tenía la obligación de entregar saneado el corredor en condiciones que permitan la continuidad y linealidad de los trabajos para su adecuada operación y condena la falta de entrega de todos los predios, necesaria para adelantar el Plan de Obras de Rehabilitación.

Agrega que la entidad Convocada reconoció su incumplimiento en las comunicaciones de ampliación del plazo para ejecutar el Plan de Obras de Rehabilitación, en particular su oficio No. 20103070175101 del 17 de diciembre de 2010, el cual transcribe. La Convocante además indica los predios pendientes por entregar en las variantes, y la falta de saneamiento del predio La Amapola.

Señala la Convocante, que el fenómeno de la ola invernal afectó el objeto contratado y la desatención de las obras de emergencia. La Convocante hace referencia a sus solicitudes formuladas con oficios No. TDO-003-12 del 24 de enero de 2012, No. TDO-0007-12 del 3 de febrero de 2012, No. TDO-0008-12 el 1 de febrero de 2012, con radicado No. 2012-409-003296-2 y la constancia elevada con el No. TDO-0013-12 del 14 de marzo de 2012, en la que manifestó “la preocupación fundada respecto de la falta de atención a la ejecución de obras de emergencia, pues se seguía produciendo un *deterioro progresivo, especialmente en las zonas denominadas variante Chinchiná y Evangélicos*”.

En ese mismo sentido se presentó oficio No. TDO-033-12 del 30 de abril de 2012, donde además se reiteró la propuesta; Oficio No. TDO-0079-12 del 19 de septiembre de 2012, allegando la propuesta concreta, y hace una crítica del dictamen técnico, apoyado en los dictámenes aportados al proceso, para

concluir también por probada la gestión ineficiente e ineficaz de parte de la Convocada frente a la ola invernal del 2010-2011.

El Procurador en su concepto, tras reseñar la argumentación de las partes, estudia el Contrato de Transacción a la luz del ordenamiento jurídico, la doctrina y jurisprudencia, las consideraciones y estipulaciones del suscrito, la doctrina de los actos propios, y concluye:

“Para el Agente Fiscal los términos del contrato de transacción resultan inobjetable en la medida en que no sólo se transó sobre las diferencias presentadas durante la ejecución del contrato en lo que tiene que ver con la entrega de los predios en el trayecto Cartago – La Felisa, sino que, en virtud de dicho negocio jurídico, el trayecto fue recibido por TDO en las condiciones en que se encontraba, asumiendo por su cuenta y riesgo la espera de las labores que conjuntamente FERROVIAS y TDO realicen para conseguir la restitución de las áreas afectadas para su rehabilitación y/o construcción, renunciando, tal como lo indica el parágrafo primero de la cláusula tercera, *“...a las reclamaciones que por efecto de la demora en la entrega de estas áreas del corredor lo afecten en cualquier forma o sentido”*.

“De lo anterior entonces, para el Agente Fiscal resulta evidente que el reclamo se refiere al cumplimiento de las obligaciones cuyo ajuste contractual se realizó en la transacción y que al efecto significó la consolidación de una situación que no admite controversia en tanto y en cuanto la litispendencia se refiere a la entrega de predios en el tramo Cartago – La Felisa, que en virtud de la transacción fue entregado por FERROVIAS (hoy ANI) y recibido por TDO en las condiciones en que se encontraba, asumiendo esta última todos los riesgos inherentes a su rehabilitación, construcción y explotación económica.

“Para el Agente del Ministerio Público existe identidad entre el objeto de la transacción y el objeto de la controversia, pues no encuentra justificación para argumentar que las controversias previas a la transacción, que fueron solucionadas por la misma con efecto de cosa juzgada, que según el actor persisten aún luego del término de la transacción, recobran vida como si la transacción no hubiera existido, como dice impropia y equivocadamente el demandante, la transacción perdió eficacia al terminar sin haber sido prorrogada por las partes, desconociendo los efectos que la ley reserva a la transacción que implican que esta se debe entender, no solo como una forma de prevenir y solucionar un litigio, sino, de forma trascendente a las inconformidades contractuales, como cosa juzgada material sobre las diferencias que se presenten entre las partes. De lo anterior resulta entonces que para el Agente Fiscal la pretensión sobre el incumplimiento en la entrega de los predios en el tramo Cartago – La Felisa debe desestimarse.

“No sobra recordar, sin embargo, que el objeto del contrato de concesión sufrió modificaciones con la transacción en la medida en que se sustituyeron unos tramos de vía que no habían podido ser rehabilitados por cuanto no se disponían de algunos predios a lo largo de la vía que debía intervenir y recuperarse, por una vía nueva, por lugares diferentes a los que tenían las dificultades iniciales, cuya gestión predial en virtud de la transacción misma era compartida y conjunta entre TDO y la ANI.

“[...]

“En el punto de los efectos de la transacción, que el señor apoderado de la parte demandante estima que van solo hasta el vencimiento del plazo anteriormente mencionado, el Ministerio Público no comparte tampoco esa apreciación, en la medida en que justamente el efecto extintivo de dicho negocio jurídico, que las partes expresaron conocer y entender, y el efecto de cosa juzgada sobre la controversia que por este mecanismo de solución autocompositivo se

logró, implican la consolidación de unas situaciones que perduran aún mas allá de la vigencia del negocio jurídico y lo trascienden en el tiempo. No estima el agente fiscal que el hecho del vencimiento del plazo implique que las disposiciones de la transacción queden sin efecto<sup>114</sup> al finalizar su vigencia, pues las situaciones que en virtud de la misma se consolidaron, siguen consolidadas, de donde entonces los efectos no se deshacen, como pretende darlo a entender el actor. Tampoco el Ministerio Público comparte la idea del actor sobre la pérdida de validez de la transacción al vencer el plazo de duración previsto en la cláusula sexta, pues al efecto no se encuentran presentes ninguno de los elementos para configurar la invalidez de dicho negocio jurídico o que permitan vislumbrar algún vicio que afecte tal validez<sup>115</sup>, ni ello se discute en el trámite”.

Fundado en la Cláusula Tercera del Contrato de Cesión y el Contrato de Transacción, *“el cual tiene el carácter novatorio y en el cual se modifica el objeto del contrato de Concesión”*, considera adicionalmente que en el presente asunto se tipifica la doctrina de los actos propios, *“los cuales están siendo desconocidos por el demandante al proponer las pretensiones primera y segunda de la demanda, y por los hechos relacionados con los requerimientos realizados por parte de TDO a la ANI invocados en la demanda y anteriormente citados, los cuales son posteriores al contrato de cesión”*, pues *“según los hechos descritos en la demanda y en su contestación”*, las estipulaciones acordadas y la conducta de las partes, la Convocante *“aceptó de manera libre y expresa que EL INCO (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI) cumplió el contrato de Concesión hasta el momento de la celebración del contrato de Cesión”*, aceptó *“recibir el tramo en las condiciones en que se encontraba”*, *“adelantar conjuntamente con la ANI la labor de conseguir la restitución de las áreas*

<sup>114</sup> Alegatos de conclusión de TDO, Pg. 40: “Siendo el plazo el señalado en la cláusula sexta: “El presente contrato tendrá un plazo de duración que se extiende hasta el 5 de agosto de 2005”, periodo durante el cual no se dio cabal cumplimiento a lo pactado, **dejando sin efectos sus disposiciones, pues finalizo su vigencia.**”(negrilla fuera del texto original)

<sup>115</sup> Alegatos de conclusión de TDO, Pg. 41: “De suerte que, de acuerdo a las reglas probatorias incumbe la carga de la prueba de demostrar sus afirmación a quien las alegas (sic), y en el expediente no obra prueba documental alguna que permita establecer la voluntad de las partes de prorrogar en el tiempo la duración de los efectos de la transacción luego de vencido su plazo, por cuanto, las partes pactaron extender los efectos del Contrato de Transacción hasta el 5 de agosto de 2005, **de allí que, al no mediar documento alguno en que las partes dejen consignado expresamente manifestaciones inequívocas de actos dispositivo de sus intereses, referente a la acreditación de la modificación del tiempo en que produciría efectos la transacción de la partes, esta perdió validez el 05 de agosto de 2005** y no de otra manera podría ser entendido, puesto que esa fue la condición contractuales dentro del negocio jurídico celebrado, y porque de no ser así, ello implicaría que TDO continuaría a la espera indefinida que contratante diera cumplimiento de sus obligaciones, lo cual evidentemente va contra los principios que rigen la administración pública, sumado a que las obligaciones no pueden ser indefinidas en el tiempo –exigibilidad de la obligación – pues no surgirían a la vida jurídica.” (negrilla fuera del texto original)



*afectadas”, y “la obligación que reposaba exclusivamente en cabeza de la Agencia Nacional de Infraestructura en la consecución y entrega de los predios por donde transitaría el trazado ferroviario al inicio de la relación contractual fue modificada por las partes y dicha obligación se convirtió en una obligación de actividad conjunta, en la cual, ambas partes desplegarían actividades en torno a la consecución de dichos bienes en aras de poder ejecutar adecuadamente el contrato celebrado”, para puntualizar la ausencia de “elementos que lleven a concluir que el contratista dio cumplimiento con la obligación que se encontraba en cabeza suya en lo atinente a la gestión predial, obligación según la cual las partes debían realizar conjuntamente todas las gestiones necesarias para la obtención de los predios ubicados en el tramo Cartago – La Felisa, por lo que no considera procedente la pretensión del concesionario relativa a la declaratoria del incumplimiento del concedente”.*

En conclusión, concluye el señor agente del Ministerio Público

“En consecuencia de lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público considera que en atención al principio de la fuerza obligatoria del contrato y el postulado general de buena fe, no es procedente la solicitud que eleva el convocante ante el H. Tribunal, en la cual se busca que se declare responsable a la Agencia Nacional de Infraestructura por el incumplimiento en la entrega de los predios necesarios para la rehabilitación y construcción del tramo Cartago – La Felisa y se proceda a la indemnización de perjuicios que aduce la convocada se le causaron, en la medida en que las partes tenían pleno conocimiento del estado del tramo mencionado, por lo que acordaron la celebración de un acuerdo de transacción para solucionar los impases e inconvenientes que se venían presentado con dicho corredor, pero además, modificaron los términos originales del contrato. Dentro de las modificaciones que se incorporaron mediante la transacción, se encuentra que el concesionario se obligaba a recibir el tramo en las condiciones en las que se encontraba, es así, como el estado del corredor y las dificultades que se presentaban con el mismo, no eran una sorpresa para el contratista, además, dicho corredor efectivamente fue recibido por el concesionario en esas condiciones.

Adicionalmente, las partes se comprometieron a que el concesionario esperaría por su cuenta y riesgo la ejecución de la actividad conjunta que realizaran concedente y concesionario en aras de la consecución de los predios afectados en dicho tramo y, adicionalmente acordaron que el concesionario renunciaba a realizar cualquier reclamación por dicho concepto.

Por lo anterior, el Ministerio Público llama la atención del panel arbitral, respecto del acuerdo a que llegaron las partes, según el cual, el concesionario renunciaba a realizar cualquier reclamación por la demora en la obtención y entrega de los predios del tramo afectado, lo cual es un asunto transversal para el litigio en ciernes, en la medida en que libre y expresamente el concesionario renunció a sus derechos en el pacto de transacción, por lo que en criterio de este despacho, no hay lugar a la prosperidad de la reclamación que solicita el concesionario respecto en la demora en la obtención de los predios para la rehabilitación y construcción del

tramo vial y en cambio si, en nuestro concepto, debe declararse la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido propuesta por la ANI.

Por lo manifestado anteriormente, este Despacho considera que no hay lugar a declarar responsable a la entidad convocada en lo atiente a la gestión predial, teniendo en cuenta que la sociedad convocante no dio cumplimiento con la obligación que se encontraba en cabeza suya, por lo que no es admisible que pretenda que se declare la responsabilidad de su contraparte contractual, además el demandante conocía y recibió el tramo en las condiciones en que se encontraba y, por último, renunció a cualquier reclamación por dicho concepto”.

El Tribunal, para decidir, considera:

1. En ejercicio de los mecanismos de solución directa de las controversias, las entidades estatales **“al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”** (art. 68 Ley 80 de 1993; artículo 176 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011).

Sobre la admisibilidad, requisitos y efectos de la transacción, ha dicho el Consejo de Estado que:

“La transacción es uno de los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, aunque regido por el derecho privado, en particular por el artículo 2469 del Código Civil, a cuyo tenor: “Artículo 2469. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”

“En efecto, la transacción es un arreglo amigable de un conflicto surgido entre las partes, que esté pendiente de decisión judicial o que no haya sido sometido aun a ella, por medio de concesiones recíprocas, pues no hay transacción si una de las partes se limita a renunciar sus derechos y la otra a imponer los suyos.

“Por eso, puede ser definida la transacción como un negocio jurídico por el cual las partes terminan una contienda nacida o previenen una por nacer, haciéndose concesiones recíprocas. Desde el punto de vista procesal es un medio anormal de ponerle fin al proceso, cuando se refiere a la totalidad de las cuestiones debatidas entre las partes del mismo o, en el evento de ser parcial, clausura el debate en relación con las pretensiones sobre las cuales haga referencia.

“Es decir, el artículo 2469 del Código Civil le otorga a la transacción el carácter de negocio jurídico extrajudicial, o sea, de acto dispositivo de intereses con efectos jurídicos sustanciales; y de existir un conflicto pendiente entre las partes que lo celebran, con efectos procesales de terminación del respectivo litigio, siempre que se allegue la prueba del mismo para que el juez pueda valorarlo, constatarlo y proceder a finalizar el proceso, en el entendido de que en adelante carece de objeto, porque ya no habría materia para un fallo y de fin, porque lo que se busca con el juicio y la

sentencia ya se obtuvo por las propias partes, que, en ejercicio de la autonomía privada, han compuesto o solucionado directamente sus diferencias....

“En suma, la transacción elimina un litigio presente o futuro, comporta la extinción de obligaciones e implica la determinación de los intereses contrapuestos dando certidumbre a la relación jurídica en disputa, a través de concesiones mutuas. Por eso, la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia entre las partes, sin perjuicio de que pueda impetrarse la declaración de nulidad o de rescisión, en conformidad con la ley (art. 2483 C.C.).

2En esta perspectiva, el Consejo de Estado, con base en la normativa civil, ha considerado que la transacción es un contrato y no ha dudado en la procedencia de las transacciones bajo el imperio de las normas civiles por parte de entidades estatales, con la sola diferencia de que en materia de contratación estatal el contrato es solemne y no consensual, lo que implica que la ausencia del documento escrito conlleva a que se miren como no celebrados; además debe ser suscrito por quien tenga la representación legal de la entidad, quien es el único que tiene la competencia para vincularla contractualmente y debe cumplir con las formalidades previstas en la ley para su procedencia, entre ellas la autorizaciones de ley.<sup>116</sup>

El Consejo de Estado, con base en la normativa civil, ha considerado que la transacción es un contrato<sup>117</sup> y no ha dudado en la procedencia de las transacciones por parte de entidades estatales; no obstante, también ha establecido que, además de cumplir los requisitos generales de todo negocio jurídico (art. 1502 C.C.) y los presupuestos de validez (consentimiento exento de vicios, no contrariar las normas imperativas o de orden público, capacidad, objeto y causa lícitos –arts. 2476 a 2479 C.C.–), tal contrato debe constar por escrito<sup>118</sup>, lo que implica que no es consensual, como sucede en materia civil<sup>119</sup>. Adicionalmente, el contrato de transacción debe estar debidamente suscrito por el representante legal de la entidad, quien tiene la competencia para vincularla contractualmente”.<sup>120</sup>

La definición contenida en el artículo 2469<sup>121</sup> del Código Civil, le otorga a la transacción el carácter de negocio jurídico extrajudicial, es decir, de acto dispositivo de intereses con efectos jurídicos sustanciales y, de existir un conflicto pendiente entre las partes que lo celebran, con efectos procesales de terminación del respectivo litigio.

<sup>116</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de febrero de 2011, Expediente 2828.

<sup>117</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 1998, Exp. 11911.

<sup>118</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855.

<sup>119</sup> Salvo, claro está, las excepciones expresamente señaladas en la Ley, como cuando afecta bienes inmuebles (arts. 12 del Decreto 960 de 1970 y 2 del Decreto 1250 de 1970) o en los procesos en curso (art. 430 C.P.C.).

<sup>120</sup> El artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, señala: “Los representantes de la nación, departamentos, intendencias, comisarías y municipios no podrán transigir sin autorización del gobierno nacional, del gobernador, intendente, comisario o alcalde, según fuere el caso. “Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza”. Por su parte, el inciso 2 del artículo 218 del C.C.A., norma que resulta concordante con la anterior, establece: “(...). La Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional; las demás entidades públicas sólo podrán hacerlo previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas”.

<sup>121</sup> Dicha norma define: “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. “No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

“En efecto, en virtud de la transacción, como negocio jurídico, las partes (que no hayan sometido sus diferencias a los jueces o que estén pendientes de decisión judicial), podrán precaver el litigio o terminarlo, siempre y cuando se observen concesiones recíprocas por ambas partes”<sup>122</sup>

Aunado a lo anterior, es importante anotar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 prevé como contratos estatales “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de voluntad...”, disposición que se debe interpretar en armonía con lo dispuesto en el artículo 2<sup>123</sup> de la misma codificación.”<sup>124</sup>

“[...] en virtud del artículo 1625 C.C., las obligaciones se pueden extinguir en todo o en parte por la transacción; a su turno, el artículo 2469 C.C., define dicha forma de extinción de las obligaciones en los siguientes términos: *“La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”*. *“No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”*.”

“En cuanto a los efectos de la transacción, como negocio jurídico, el artículo 2483 C.C., indica: *“La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes*. La doctrina se ha ocupado de definir la naturaleza y los alcances del negocio jurídico transaccional: *“La transacción es un arreglo amigable de conflicto surgido entre las partes, esté pendiente de decisión judicial o no haya sido sometido aún a ella. Los interesados renuncian recíprocamente a [las] pretensiones; no hay transacción, así se otorgue ese nombre al acuerdo celebrado, si uno de ellos impone totalmente sus aspiraciones al otro, o si éste se limita a renunciar a sus derechos o aspiraciones. Transigir equivale a hacer concesiones y obtenerlas del contrario, con miras a cancelar una contienda”*”

“En punto a sus efectos: *“A propósito de la eficacia objetiva de la transacción, ha de indicarse que no abarca más que aquellas relaciones que forman parte de su contenido, al mismo tiempo que toda[s] ellas quedan comprendidas en la composición (art. 2483 C.C.)”*. (Cit. HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, T.I., 3ª edición, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 735)”<sup>125</sup>

Disciplinada en el Título XXXIX, Libro IV, artículos 2469 a 2487 del Código Civil, bajo el nomen *“De la Transacción”* como *“un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”* (art. 2469,

<sup>122</sup> Valga anotar que, la definición prevista en el artículo 2469 del Código Civil, ha sido criticada por la Corte Suprema de Justicia, por dos razones: la primera, porque este negocio jurídico no crea, per se, obligaciones sino que las extingue y, en segundo lugar, porque en la definición legal no se incluyó expresamente el elemento de las “concesiones recíprocas de las partes”, la cual se ha establecido doctrinaria y jurisprudencialmente, ni se distingue de otras figuras afines. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de mayo de 1966, en GJ, t LXV, 634, y XC, 67.

<sup>123</sup> El artículo 2 de la Ley 80 de 1993, dispone: “Para los solos efectos de esta ley: “1o. Se denominan entidades estatales: “a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.” (...).”

<sup>124</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto del 27 de junio de 2012, abril de 2012, Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01106-01(43010).

<sup>125</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de abril de 2012, Radicación número: 41001233100019987177 – 01 (19.554).

ibídem) y enunciada dentro de los modos extintivos de las obligaciones (art. 1625, *ejusdem*), la voz deriva de *transigere* (*trans* y *agere*), *transactio*, *transactionis*, entregar, ceder, acabar, terminar o concluir una controversia, disputa, conflicto o litigio preexistente, actual o potencial mediante recíprocas concesiones (*aliquid datum vel retentum*).

Su función esencial es evitar, prevenir, dirimir, suprimir, cancelar o extinguir la *litis* presente o potencial e inminente, terminar o precaver un litigio, y suministrar certeza o certidumbre a las partes, de la relación o situación jurídica controvertida.<sup>126</sup>

La transacción es acto de autonomía privada dispositiva<sup>127</sup>, negocio jurídico *intuitu personae* (arts. 2479 ss; 1512 y 1743, C.C.), de suyo bilateral, al exigir dos o más partes titulares de intereses dispares controvertidos, y de forma libre o consensual (art. 1500 C.C., salvo en la contratación estatal que exige el escrito), aun si implica la atribución de un derecho o contrato complementario o adicional, cuya disposición o celebración ulterior exija alguna solemnidad constitutiva o de publicidad.<sup>128</sup>

<sup>126</sup> BGB, § 779 (Un contrato definitivo de una controversia o incertidumbre entre las partes respecto de una relación jurídica por medio de concesiones mutuas); Argentina (C.C. art. 832); Brasil (Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 C.C., art. 840); Bolivia (arts. 945 ss); Chile (art. 2446); España (art. 1809: "Un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado"; Ecuador (art. 2372); Francia (arts. 2044-2058, C.C.); Holanda (Art. 1888), Italia (C.C. 1942, art. 1965); Louisiana (art. 3038); México (art.2944), Paraguay (1495 ss); Perú (C.C. 1984, art. 1302); Prusia (art. 405); Uruguay (art. 2417), Venezuela (art. 1713).

<sup>127</sup> F. CARESSI., *La transazione*, nel Tratt. Vassalli, Torino, 1956; ID., *Transazione* (diritto vigente), in N.N.D.I., XIX, Torino, 1973, p. 481 ss.; D. COLANGELI., *La Transazione*. Trattati. cur. di Paolo CEDON, Doot. A. Giuffré. Editore, Milano, 2012; E. DEL PRATO., *La transazione*, Milano, 1992; L.V. Moscarini, N. Corbo, *Transazione*. I) Diritto civile, in Enc. Giur., XXXI, Roma, 1994; P. D'ONOFRIO., *Della transazione*, in *Commentario del codice civile*. cur. di A. Paolo. SCIALOJA e G. BRANCA, *Libro quarto. Delle obbligazioni* (Art. 1960-1991), Bologna- Roma, 1959; M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001; G. GITTI., *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999; P.G. MONATERI, *Questioni generali in materia di transazione*, in *La transazione nella prassi interna ed internazionale*, cur. E. ANDREOLI -, Padova, 2000, p. 38; Leona NEPPI., *La transazione en Diritto Romano*, BiblioLife, 2009,

<sup>128</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 22 de marzo de 1949, LXVI, 629-635: "basta el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento [...] porque por su naturaleza, la transacción no es trasmitiva, sino simplemente declarativa o reconocitiva de los derechos que forman el punto de discrepancia; 12 de julio de 1955, LXXX, 602-609; 6 de mayo de 1966, CXVI, 95 ss.; 25 de

El efecto primario o genuino de la transacción es terminar o precaver un litigio, pero podrá comprender en forma suplementaria, la creación de obligaciones o imposición de cargas para una o ambas partes y la celebración de otros contratos de desarrollo, aplicación o ejecución.<sup>129</sup>

Como acto dispositivo de intereses, debe acatar íntegros los presupuestos para su validez, tanto los generales cuanto los particulares de su especie, *verbi gratia*, la observancia del orden público (*ius cogens*), la capacidad de las partes, su legitimación e idoneidad del objeto, la ausencia de vicios o defectos del consentimiento (error, dolo, fuerza, etc.).

También, el interés litigioso ha de ser transigible, tener proyección patrimonial y versar sobre derechos susceptibles de renuncia.<sup>130</sup>

La presencia *ex ante* (*anterius*) de *litis* o su inminencia (*a posteriori*) es, por definición *legal*, elemento esencial, existencial, estructural o conceptual (*esentialia negotia*) de la transacción. Sin *litis*, conflicto de intereses, contención,

---

junio de 1992, CCXVI, 629; 26 de mayo de 2006, Exp. 7992 y 29 de junio de 2007, SC-075-2007, Exp. 6800131100041992-02259-01.

<sup>129</sup> Fernando HINESTROSA, *La Transacción*, Escritos Varios, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pp. 368 y ss.: “[...] acto bilateral y particular, cuya función es la de dirimir amigablemente un litigio en curso o de futuro planteamiento. El motivo que induce a las partes a celebrar un negocio jurídico de este orden es común e igual para ambas: lograr una certeza, ajustar la situación, fijar establemente la relación materia de conflicto. De suerte que lo cardinal, propio y siendo cualquier planteamiento adicional complementario, paralelo y subordinado al genuino convenio extintivo”; ID., *Tratado de las obligaciones*, I, Concepto. Estructura. Vicisitudes. 3ª. Ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 739 ss: “La transacción es un negocio jurídico dispositivo: ante todo se dispone de la *Litis*, cancelándola, es decir, que en ella las partes disponen de sus posiciones contrapuestas, con abdicación de pretensiones, mediante concesiones mutuas y regulación de intereses: los que están en juego en el litigio presente o por venir (transacción simple o pura), y eventualmente de otros (transacción mixta)”. La transacción simple o pura no es ni puede ser fuente de obligaciones, con ella se termina un litigio, eventualmente las extingue pero no las crea; en veces las partes pueden obligarse unilateral o correlativamente (transacción mixta), lo cual genera una transacción con novación (transacción novatoria típica o típica).

<sup>130</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de 30 de septiembre de 2011, Exp .2004-00104-01 “En cuanto acto dispositivo de intereses, requiere la estricta observancia de los presupuestos de validez del negocio jurídico, y por lo tanto, la plena capacidad de las partes, la idoneidad del objeto, el poder dispositivo, así como el consenso libre de error, dolo o fuerza, estado de necesidad o de peligro, abuso de las condiciones de debilidad de una parte, asimetrías negociales objetivas o abusos de cualquier índole”.

afirmación y negación de pretensión en curso o en ciernes, no la hay, menos tratándose de renuncia a un derecho cierto e indiscutido (art. 2469 C.C.).<sup>131</sup>

Es menester que exista contienda, disputa o conflicto entre dos o más partes contrarias u opuestas, ambas con posiciones contrapuestas, divergentes o excluyentes (*res litigiosa*), y la incertidumbre a propósito de la situación o relación jurídica discutida<sup>132</sup>, en tanto no puede establecerse *a priori* quién y en qué medida tiene o carece de razón sobre los asuntos disputados (*res dubia vel incerta*), exigencia *in re ipsa*, por cuanto, la diferencia dimana por carencia de certeza a propósito.<sup>133</sup>

<sup>131</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de marzo de 1931, XXXVI, 302.

<sup>132</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de 30 de septiembre de 2011, Exp. 2004-00104-01 "(...) La figura *legis*, presupone por definición la existencia actual o potencial de un litigio, conflicto, controversia, disputa e incertidumbre a propósito (*res dubia*), recíprocas concesiones de las partes y la disposición de la litis con efectos dirimentes, definitivos e inmutables de cosa juzgada (cas. civ. sentencias de 12 de diciembre de 1938, XLVII, pp. 479-480; 6 de junio de 1939, XLVIII, p. 268). Podrá celebrarse antes del proceso o durante éste, sobre la totalidad o parte del litigio y con antelación a la ejecutoria de la providencia conclusiva. Por su virtud, las partes abdicán las pretensiones mediante concesiones recíprocas, terminando el proceso o evitándola *ad futurum*"; Sentencias de 3 de marzo de 1938, XLVI, 120: "[...] para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiérase, según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten un litigio que esta por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones, o la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso"; 12 de diciembre de 1938, G. J. tomo XLVII, pág. 479; 6 de junio de 1939, XLVIII, 268: "[...] Lo que en realidad define y delimita esta figura jurídica es que pone fin a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, sin que en forma alguna signifique que cada sacrificio sea conmutativo y equivalente, sino que cada contendor renuncia voluntariamente una parte de lo que cree ser su derecho. De manera que para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos: 1º Existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle sub-judice; 2º Voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla; 3º Concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin"; 19 de febrero de 1945, LVIII, 608; 22 de marzo de 1949, LXV, 634; 6 de mayo de 1966, CXVI, 97; 29 de junio de 2007, SC-075-2007, Exp. 6800131100041992-02259-01: "Esta Corporación, de vieja data, ha precisado que "son tres los elementos específicos de la transacción a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté aún en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas" (XLVII, 480), y ha definido tal institución, como una "convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual" (CXVI, 97), que produce como principal consecuencia, la extinción de la disputa que enfrenta a los contratantes con la misma fuerza que la ley reconoce a las sentencias judiciales, dado que el art. 2483 ib. establece que tal acuerdo tiene el efecto propio de cosa juzgada".

<sup>133</sup> ULPIANO, D. 2.15.1 (Ulp. 50 ad ed.): Qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit.

Agrega la doctrina por requisito implícito, la reciprocidad de concesiones, en tanto las partes de la situación o relación disputada han de ceder en sus posturas discrepantes e incompatibles.<sup>134</sup>

La transacción es declarativa y dirimente, “pone fin a un litigio o lo previene”<sup>135</sup> con carácter de cosa juzgada, efecto definitivo, irreversible y equivalente al de la sentencia judicial, única y exclusivamente respecto de la materia transigida sin comprender otra u otras, o extenderse a íntegra la relación o situación jurídica controvertida, a menos que concierna a esta y así se exprese, o las derivadas de los actos, contratos o negocios de desarrollo o ejecución.<sup>136</sup> La transacción puede ser total o parcial, versar sobre todo o una parte del litigio<sup>137</sup>, y cuando “recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo

<sup>134</sup> Fernando HINESTROSA, Tratado de las obligaciones, I, Concepto. Estructura. Vicisitudes. 3ª. Ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 741 ss.: “La transacción no exige conceptualmente concesiones recíprocas, sino simplemente la incertidumbre o, si se va más allá al fondo, la Litis”, ambas partes abdican de su litigiosidad; hay una coincidencia de abdicaciones; por esto no hay bilateralidad, menos conmutatividad (no se puede pensar en un justo precio)”.

<sup>135</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 6 de junio de 1939, XLVIII, p. 268:12 de diciembre de 1938 (G. J. tomo XLVII, pág. 479); 6 de junio de 1939 (G. J. Tomo XLVIII, pág. 268: “En la transacción resuelven las partes por sí mismas sus propias diferencias: constituye uno de los tres medios a que es dado acudir para poner término a las pretensiones encontradas de dos o más personas. Lo que en realidad define y delimita esta figura jurídica es que pone fin a un litigio o lo previene, [...]”; 14 de diciembre de 1954, LXXIX, 267: “...este contrato tiene una finalidad obvia, esencial y necesaria: la de poner término a las disputas patrimoniales de los hombres, antes de que haya juicio o durante el juicio. Celebrado de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue con el juicio y la sentencia ya está conseguido”.

<sup>136</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de noviembre de 1999, Exp. 5020: “[...] Según el art. 2483 del C. Civil, la transacción (y esta puede ser una de las modalidades de la conciliación), “produce efectos de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”, es decir, por las causales previstas por los artículos 2476 a 2482, pero también por las causales generales de nulidad de los negocios jurídicos consagradas por los artículos 1740 a 1756, y por supuesto demandarse la resolución de conformidad con el art. 1546 ejúsdem,. ...los efectos de cosa juzgada son para el litigio primigenio, pero en ningún momento se pueden extender dichos efectos a los nuevos contratos que surjan con ocasión del acuerdo ...”.

<sup>137</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto 5 de noviembre de 1996, Exp. 4546: “la transacción puede versar sobre la totalidad de las cuestiones debatidas o sobre una parcialidad de las mismas, bien por el contenido de su objeto, ora por el aspecto subjetivo, o sea porque sólo se celebra entre algunos de los litigantes, siempre y cuando no se esté en presencia de un litisconsorcio necesario”; 17 de noviembre de 1993, Exp. 3885; 28 de febrero de 1989: “Es factible que las partes transijan sobre la totalidad de lo debatido, o que apenas lo hagan parcialmente o sin incluir a uno o varios de los litigantes. En el primer caso, se declara terminado el proceso, y en el último, como lo prescribe la ley de procedimiento civil, continuará...”; 3 de julio de 1958. LXXXVIII, 519.



*derecho, acción o pretensión, deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige*".<sup>138</sup> Predicase de lo transigido *expressis verbis*, "no abarca más que aquellas relaciones que forman parte de su contenido, al mismo tiempo que todas ellas quedan comprendidas en la composición (art. 2483 C.C.)".

En cualquier caso, la simple renuncia de un derecho por una de las partes sin contraprestación de la otra, no configura un contrato de transacción, sino una categoría contractual diversa. Al respecto, el nombre, rótulo, denominación que las partes den a un contrato, no determina de suyo su clase o especie, sino el resultado concreto de sus elementos, pues el tipo negocial es la "síntesis de sus elementos esenciales"<sup>139</sup>, esto es, su *essentialia negotia* y son "de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente" (art. 1501 C.C.), o sin las cuales no existe (artículo 891 C. de Co.) y conforme a las que se precisa su exacta naturaleza al margen del nombre asignado por las partes.<sup>140</sup>

2. Durante la ejecución del Contrato de Concesión, que fue objeto específico de la transacción suscrita entre las partes el 31 de julio de 2002<sup>141</sup>, se había venido

<sup>138</sup> Vid. arts. 1815, C.C. España; 2048, C.C. Francés; 2159 C.C. Uruguay; 843, C. C. Brasil; 2962 C.C. México; 1716, C.C. Venezuela.

<sup>139</sup> A. DI MAJO, *La Causa del Contrato*, en le obbligazioni e il contratto, dalle istituzioni di Diritto Privato a cura de Mario BESSONE, 2a. ed, Torino, 1987, pág. 592 ss.

<sup>140</sup> Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. noviembre 12/1896, 1896, XII, pág. 116; abril /1927, XXXIX, pág. 199 ss.; septiembre 9/1929, XXXVII, pág. 128; 28 de julio 28/1940, XLIX, pág. 574; julio 5/1983, 11 de septiembre de 1984, G.J. No. 2415, pág. 254.

<sup>141</sup> Conforme a la CLÁUSULA PRIMERA del Contrato de Transacción "OBJETO: El presente Contrato de Transacción, celebrado entre FERROVÍAS y el CONCESIONARIO, tiene por objeto dar una satisfactoria solución al conflicto que se está presentando respecto a la entrega del trayecto Cartago – La Felisa, por las razones señaladas en los considerandos, precaviendo así un eventual litigio y, como consecuencia de lo anterior, la ejecución de una obra para la construcción de la nueva vía en los 113 km de extensión del tramo Cartago – La Felisa, según el alcance básico establecido en la cláusula décimo octava y el detalle del estudio de avance y el estudio final presentado por la firma B&C Ltda." Esta cláusula fue aclarada y adicionada por el Acta de Acuerdo No. 48 de 9 de agosto de 2012, en la que se indicó "SEGUNDO: Aclarar la cláusula primera del Contrato de Transacción celebrado el 31 de julio de 2002, en el sentido de que la construcción en la vía nueva en los 113 kilómetros de extensión del tramo Cartago – La Felisa, será ejecutada por el CONCESIONARIO con base en el alcance básico establecido en el estudio presentado por la firma B&C Ltda., y en los diseños que elabore el CONCESIONARIO."

experimentando dificultades para el cumplimiento, por parte de FERROVÍAS, de su obligación de entrega de bienes al Concesionario<sup>142</sup>, conforme a los términos de la Cláusula 7.1.4.<sup>143</sup> del Contrato en cuestión.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> En consonancia con el numeral 3.2 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001-98, el Capítulo III, Cláusulas 7 a 11 del Contrato de Concesión reguló el régimen de bienes, y se pactó: a) La entrega de inmuebles se entiende “surtida mediante la suscripción de un acta de entrega” suscrita simultáneamente con la de iniciación del contrato, y desde ésta serán responsabilidad del Concesionario que asume su vigilancia y cuidado, riesgos de pérdida, deterioro, daños y perjuicios. b) Cuando por cualquier circunstancia un bien no pueda utilizarse, por resultar imposible acceder al mismo o no ser viable su utilización según el estado actual, “EL CONCESIONARIO no estará obligado a recibir el bien hasta tanto no sea solucionado el problema que hace imposible su utilización. Una vez sea posible hacer entrega del bien se procederán a suscribir las actas complementarias que se requieran”.c) Sin perjuicio de la obligación de saneamiento, se entregarán y recibirán los “tramos de vía férrea y los bienes inmuebles en los que exista una vía férrea que permita tránsito de trenes, existiendo continuidad entre los tramos que reciba el CONCESIONARIO”, quien puede objetar la entrega para que se excluyan “aquellos bienes en los que no pudiere tomar posesión por cualquier circunstancia, los cuales se considerarán recibidos únicamente hasta cuando se tome posesión efectiva de los mismos”

<sup>143</sup> Específicamente, la entrega de bienes inmuebles se encuentra disciplinada a partir del numeral 7.1. de la CLÁUSULA 7 del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 18 de diciembre de 1998, cláusula ésta que fue modificada la cláusula primera del otrosí número 3 de 14 de marzo de 2000, y dentro de la cual es importante resaltar, de una parte, el numeral 7.1.4. modificado que estableció “En caso de que por cualquier circunstancia algún bien no pueda ser utilizado, bien porque resulta imposible acceder al mismo o porque su utilización no sea viable de acuerdo con su estado actual al momento de la entrega, EL CONCESIONARIO no estará obligado a recibir el bien hasta tanto no sea solucionado el problema que hace imposible su utilización. Una vez sea posible hacer entrega del bien, se procederán a suscribir las actas de entrega parciales complementarias que se requieran. PARÁGRAFO: Sin perjuicio de las obligaciones de FERROVÍAS con respecto al saneamiento de bienes inmuebles, FERROVÍAS entregará al Concesionario y éste se compromete a recibir los tramos de vía férrea y los bienes inmuebles en los que exista una vía férrea que permita el tránsito de trenes, existiendo continuidad entre los tramos que reciba el CONCESIONARIO.” Y de otro lado, resaltar también el nuevo numeral 7.1.6. añadido que indicó “Para los trayectos Palmira – Zarzal, Zarzal – La Tebaida y Zarzal – La Felisa, el CONCESIONARIO sólo estará obligado a recibir el corredor férreo y los demás bienes inmuebles diferentes al corredor férreo, por tramos completos y contiguos entre nodos generadores de carga. Se consideran nodos generadores de carga las siguientes estaciones: Buga, Tuluá, Zarzal, La Tebaida, Cartago y La Felisa.”

<sup>144</sup> Mediante Otrosí No. 2 del 5 de febrero de 1999, se modifican las Cláusulas 7, 8 y 9, entrega y exclusión de bienes, objeciones de bienes y delimitación de inmuebles. (Cuaderno de Pruebas No. 7-2, folios 48-51) El Otrosí No. 3 suscrito el 14 de marzo de 2000, previo agotamiento de los mecanismos de solución de conflictos por las dificultades para iniciar las actividades de rehabilitación, operación y mantenimiento y obras de conservación, diferencias en el alcance de las obligaciones de entregar los bienes, modifica las Cláusulas 7 –entrega y exclusión de bienes- 20 –Definición de la Obligación de Rehabilitación- 21 –Término para la Rehabilitación- 23- Inicio de la Rehabilitación- 24 –aprobación de Diseños Constructivos- Plazo de 30 años desde la suscripción del otrosí. En lo pertinente, se conviene: “7.1. Entrega de los Bienes Inmuebles: “7.1.2 La entrega de la infraestructura que se concede en concesión, en lo que corresponde a los bienes inmuebles, se entenderá surtida mediante la suscripción de acta de entrega de la infraestructura en la que se encontrarán debidamente identificados y descritos los bienes que se entregan. La entrega de los bienes inmuebles afectados a la concesión, se realizara por trayectos del siguiente modo: 1. Trayecto Buenaventura 2. Trayecto Palmira – Zarzal – La Tebaida. 3. Trayecto Zarzal – La Felisa: su entrega se efectuara en el plazo de cuatro (4) años contados a partir de la suscripción del acta No 2 de iniciación de Entrega de los Bienes Afectados a la Concesión , suscrita el 8 de Febrero de 1999. “7.1.4 En el caso de que por cualquier circunstancia algún bien no pueda ser utilizado, bien sea porque resulte imposible acceder al mismo o porque su utilización no sea viable de acuerdo con su estado actual al momento de la entrega, el

La existencia demostrada de las dificultades que se comentan, referidas específicamente al tramo Cartago – La Felisa (que hace parte del trayecto Zarzal – La Felisa), según se anota en los antecedentes recogidos por las consideraciones<sup>145</sup> contenidas en la transacción – en particular el Acta de Acuerdo No. 36 que allí se menciona pero que no obra en el expediente – consistieron básicamente en que dicho tramo requería de intervenciones constructivas, no cuantificadas, para ponerlo en condiciones de entrega al Concesionario en los términos del párrafo de la Cláusula 7.1.4.

CONCESIONARIO no estará obligado a recibir el bien hasta tanto no sea solucionado el problema que hace imposible su utilización. Una vez sea posible hacer entrega del bien se procederán a suscribir las actas de entrega parciales complementarias que se requieran. “PARÁGRAFO: Sin perjuicio de las obligaciones de FERROVIAS con respecto al saneamiento de bienes inmuebles, FERROVIAS entregará al Concesionario y este se compromete a recibir los tramos de vía férrea y los bienes inmuebles en los que exista una vía férrea que permita tránsito de trenes, existiendo continuidad entre los tramos que reciba el CONCESIONARIO.” 7.1.6 Para los trayectos Palmira - Zarzal, Zarzal - La Tebaida y Zarzal - La Felisa, el CONCESIONARIO solo estará obligado a recibir el corredor Férreo y los demás bienes inmuebles diferentes al corredor Férreo por tramos completos y contiguos entre nodos generadores de carga. Se considera nodo generador de carga las siguientes estaciones: Buga, Tuluá, Zarzal, La Tebaida, Cartago y La Felisa. El trayecto Zarzal – La Felisa se entregará en el plazo de cuatro (4) años contados a partir del Acta No. 2 de iniciación de la Entrega de los Bienes Afectados a la Comunicación TDO-0502 Concesión, suscrita el 8 de febrero de 1999, esto es, con plazo final del 8 de febrero de 2003 y se estudiará conjuntamente la posibilidad técnica, jurídica y financiera de entregarlo efectivamente en concesión o, en su caso, definir de común acuerdo los términos jurídicos y financieros de una eventual exclusión de dicho tramo del Contrato de Concesión. Cuando por cualquier circunstancia algún bien no pueda ser utilizado, bien sea porque resulte imposible acceder al mismo o porque su utilización no sea viable de acuerdo con su estado al momento de la entrega, el CONCESIONARIO no estará obligado a recibir el bien hasta tanto sea solucionado el problema que hace imposible su utilización, y una vez sea posible hacer entrega del bien se suscribirán las actas complementarias al acta de entrega de los bienes afectados a la concesión; es obligación de la concedente entregar al CONCESIONARIO y de éste recibir, los tramos de la vía férrea y los bienes inmuebles en los que exista una vía férrea que permita tránsito de trenes, existiendo continuidad entre los tramos que reciba el concesionario”; se define la rehabilitación y estipula un plazo máximo de cuatro años a partir de la iniciación a más tardar el 21 de agosto de 2004 según determinación del Concesionario, quien elaborará los diseños constructivos para ejecutar las obras del primer año como máximo el 11 de agosto del 2000, presentando para el segundo, tercer y cuarto año el plan de obras de rehabilitación por tarde diez días antes del inicio de cada período anual; y se modifica el alcance de la supervisión durante el período de rehabilitación. (Cuaderno de Pruebas No. 7-2, folios 52-68).

<sup>145</sup> Consideración “SEXTA: Mediante Acta de Acuerdo No. 36, se consignó explícitamente en la consideración 9 que dentro del trayecto Zarzal – La Felisa, existe un tramo comprendido entre Cartago – La Felisa, que no es transitado desde hace muchos años y, por ello, requiere intervenciones constructivas no cuantificadas para colocarlo en condiciones de entrega al CONCESIONARIO, en los términos del párrafo de la cláusula 7.1.4 y que, dada la complejidad técnica, administrativa, jurídica y financiera que demanda adoptar una decisión sobre su entrega o exclusión, se consideró necesario prorrogar el plazo convenido en el otrosí No. 3 y, por ello, en el punto séptimo de este documento las partes convinieron en ampliar hasta el 14 de septiembre de 2001 el acuerdo contenido en el mencionado otrosí, limitado al trayecto Cartago – La Felisa.”

Precisamente y **limitándose al tramo Cartago – La Felisa**, según se indica en las consideraciones de la transacción, la situación descrita sumada a la complejidad técnica, administrativa, jurídica y financiera que demandaba tomar una decisión sobre la entrega o exclusión de dicho tramo, condujeron a que en el Acta de Acuerdo No. 36, las partes prorrogaran el plazo que había sido convenido en el Otrosí No. 3<sup>146</sup> al Contrato de Concesión para la entrega del trayecto Zarzal – La Felisa, hasta el 14 de septiembre de 2001. Según se anota en las mismas consideraciones<sup>147</sup>, después de suscrita el Acta de Acuerdo No. 36, en los estudios que, en su desarrollo, se realizaron respecto del tramo Cartago – La Felisa, se concluyó que éste requería de la ejecución de una construcción general, dada la inexistencia de una infraestructura para rehabilitar

<sup>146</sup> Según se anota en los antecedentes que recogen las consideraciones de la transacción, en particular en el literal (i) de la consideración QUINTA – y que alude al numeral 7.1.2. modificado por el otrosí número 3 de 14 de marzo de 2000 – el texto completo, reza: “QUINTA: Mediante otrosí número 3 al Contrato de Concesión, suscrito el 14 de marzo de 1999 (sic, es 2000), se hizo un reconocimiento explícito de la existencia de dificultades en el proceso de entrega de la infraestructura vinculada a la concesión, generadoras de diferencias de interpretación, por lo cual se le introdujeron modificaciones a varias cláusulas del contrato principal, entre ellas la 7, relacionada con la entrega y exclusión de bienes, en orden a solucionar la diferencia. Las modificaciones acordadas al texto de esta cláusula se refieren, entre otros, a los siguientes aspectos: “(i) Numeral 7.1.2. La entrega de la infraestructura concedida en concesión, en lo que corresponde a bienes inmuebles, se entenderá surtida mediante la suscripción de actas de entrega parciales, por trayectos. Con respecto al trayecto 3. Zarzal – La Felisa, las partes convinieron que su entrega se efectuaría en el plazo de cuatro (4) años contados a partir de la suscripción del acta No. 2 de iniciación de la Entrega de los Bienes Afectados a la Concesión, suscrita el 8 de febrero de 1999, y que no obstante ello, las partes estudiarían conjuntamente la posibilidad técnica, jurídica y financiera de entregarlo efectivamente en concesión y, de ser del caso, definir de común acuerdo los términos jurídicos y financieros de una eventual exclusión de dicho tramo del Contrato de Concesión. “(ii) Numeral 7.1.6. Con relación a los trayectos Palmira – Zarzal – La Tebaida y Zarzal – La Felisa, se acordó que el CONCESIONARIO solo está obligado a recibir el corredor férreo y los demás bienes inmuebles diferentes al corredor férreo, por tramos completos y contiguos entre nodos generadores de carga, considerando como tales las estaciones Buga, Tulua, Zarzal, La Tebaida, Cartago y La Felisa. (iii) Los anexos 4 y 5, así como el adendo No. 2 del pliego de condiciones, en cuanto forman parte integral del Contrato de Concesión, se modifican y fusionan en un único documento técnico integrante del anexo No. 1 del otrosí No. 3”.

<sup>147</sup> Consideración “SÉPTIMA: En desarrollo de este acuerdo No. 36, se realizaron los estudios correspondientes, los cuales arrojaron como resultado que la entrega al CONCESIONARIO del trayecto Cartago – La Felisa exige la ejecución de una construcción general, teniendo en cuenta que no existe la infraestructura, para rehabilitar el corredor férreo y así permitir la circulación de un tren de prueba; cuyo costo de intervención constructiva asciende al equivalente de la suma de SESENTA Y CINCO MILLONES DE DÓLARES (US\$65.000.000), de los Estados Unidos de América, y que la exclusión de este trayecto de la concesión o el aplazamiento de su entrega hasta que se ejecute la intervención constructiva comportaría un incumplimiento contractual imputable a FERROVIAS y una alteración del equilibrio económico del contrato en contra del CONCESIONARIO, dada la afectación de las expectativas de explotación comercial de dicho tramo”.

el corredor férreo<sup>148</sup> y permitir así la circulación de un tren de prueba, construcción que, dada su incidencia desfavorable, de una parte **(1)** en la ecuación económica del Contrato de Concesión respecto del Concesionario por la alteración de las expectativas de explotación comercial de dicho tramo y, de otra **(2)** en la obligación que había asumido FERROVÍAS para la entrega del tramo Cartago – La Felisa, conforme a los términos de la Cláusula 7.1.4. ya mencionada, motivó a las partes a que suscribieran una transacción.

La misma transacción advierte en su consideración DÉCIMA que las intervenciones constructivas comprometían la subsistencia del Contrato de Concesión, de conformidad con lo pactado en sus Cláusulas 106<sup>149</sup> y 115<sup>150</sup>, referidas ambas a los eventos en los que el CONCESIONARIO podía dar por

<sup>148</sup> Conforme lo anota el fallo de segunda instancia de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de fecha 13 de mayo de 2004: “De todo lo expuesto emerge con claridad, que en el trayecto del corredor férreo Zarzal – La Felisa existía un tramo comprendido entre Cartago – La Felisa, en el cual la carrilera había desaparecido totalmente, bien por saqueo de los elementos constitutivos de la carrilera, derrumbes, socavación de la base por el río Cauca, excavaciones mineras, etc., y en algunos sectores se habían presentado invasiones ilegales de los terrenos aledaños y constituido núcleos urbanos que llevaron al municipio de Pereira a la expropiación administrativa de esos lotes, la cual se hizo efectiva mediante la Resolución No. 713 del 19 de agosto de 1997, expedida por el Alcalde de Pereira, tal como se constató objetivamente en la inspección realizada por un funcionario de la Procuraduría General de la Nación, quien estuvo acompañado por el defensor del Dr. DIEGO NOGUERA RODRÍGUEZ y un Ingeniero representante del Consorcio ‘GERENCIAR’, quedando de manifiesto que ese trayecto férreo había sido abandonado ‘hace muchos años’ y era imposible el tránsito de un tren de prueba (Cdn. Anexo 13), todo lo cual hacía que se requiriera la construcción de una nueva vía.” Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 551.

<sup>149</sup> Cláusula 106 “TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO POR CAUSA IMPUTABLE A FERROVÍAS. El CONCESIONARIO podrá dar por terminado anticipadamente el Contrato de Concesión: 106.1. Cuando FERROVÍAS incurra en un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. 106.2. Cuando FERROVÍAS retarde en un término superior a tres (3) meses la realización de los aportes que se ha obligado a realizar, en los términos y condiciones previstas en el presente contrato. 106.3. Cuando FERROVÍAS no cumpla con su obligación de saneamiento, y el CONCESIONARIO vea obstaculizada de manera permanente en un término continuo o discontinuo de tres (3) meses durante un mismo año el desarrollo de sus actividades por tal causa. 106.4. Cuando FERROVÍAS o sus funcionarios incumplan de manera grave y con perjuicio del CONCESIONARIO los compromisos de confidencialidad asumidos en el presente contrato.”

<sup>150</sup> Cláusula 115 “INDEMNIZACIÓN DEBIDA A LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO POR CAUSA IMPUTABLE A FERROVÍAS. En caso de terminación anticipada del contrato por causa imputable a FERROVÍAS, ésta le reconocer a EL CONCESIONARIO, como indemnización por todos los perjuicios presente y futuros que se hayan derivado de la terminación, un valor equivalente al mayor entre la utilidad neta, convertida a dólares de los Estados Unidos de América a la tasa representativa del mercado promedio de cada uno de los años, obtenida por EL CONCESIONARIO durante los últimos cinco (5) años, y CUARENTA MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$40'.000.000.00).”

terminado anticipadamente el Contrato de Concesión por causas imputables a FERROVÍAS.

En otras palabras, para que FERROVÍAS pudiera cumplir con su obligación de entrega del tramo Cartago – La Felisa, conforme a la Cláusula 7.1.4. del Contrato de Concesión, era indispensable que, previamente, el Concesionario efectuara unas intervenciones constructivas respecto del dicho tramo, intervenciones que, desde luego, no habían sido contempladas inicialmente en el Contrato de Concesión<sup>151</sup>, y que requerían ser acordadas entre las partes, por lo que a la postre, tal cosa se hizo dentro del contenido de la transacción. Lo dicho se deduce del análisis de las consideraciones SÉPTIMA, NOVENA<sup>152</sup>, DÉCIMA y DÉCIMA PRIMERA de dicha transacción.

Obsérvese, entonces, cómo, al menos por lo que se deduce de las consideraciones de la transacción, en relación con el tramo Cartago – La Felisa, la obligación de entrega por parte de FERROVÍAS en los términos de la Cláusula 7.1.4., estaba supeditada a una nueva construcción a cargo del Concesionario.

En este punto, es preciso tener en cuenta el efecto que se le quiso dar a la transacción, cuestión que se deduce de sus Cláusulas PRIMERA<sup>153</sup> y DÉCIMA NOVENA que establecen respectivamente:

---

<sup>151</sup> Conforme a la consideración Décima Tercera de la Transacción “DÉCIMA TERCERA: Que el presente Contrato de Transacción se celebra directamente con el CONCESIONARIO, para precaver la existencia de un eventual litigio en los términos establecidos en el mismo. Si bien es cierto que el contrato contiene la ejecución de una obra nueva, también lo es que los conflictos que se están presentando provienen de la ejecución del Contrato de Concesión celebrado entre FERROVÍAS y el CONCESIONARIO, lo cual no permite la existencia de terceras personas en su desarrollo por cuanto se desnaturalizaría el Contrato de Transacción.”

<sup>152</sup> “NOVENA: Bajo las condiciones contractuales antes reseñadas, FERROVÍAS no puede hacer entrega del mencionado trayecto en las condiciones de transitabilidad en que se encuentra por lo cual es necesario efectuar las intervenciones constructivas necesarias para permitir la circulación del tren de prueba.”

<sup>153</sup> Esta cláusula fue aclarada y adicionada por el Acta de Acuerdo No. 48 de 9 de agosto de 2012, en la que se indicó “SEGUNDO: Aclarar la cláusula primera del Contrato de Transacción celebrado el 31 de julio de 2002, en el sentido de que la construcción en la vía nueva en los 113 kilómetros de extensión del tramo Cartago – La Felisa, será ejecutada por el CONCESIONARIO con base en el alcance básico establecido en el estudio presentado por la firma B&C Ltda., y en los diseños que elabore el CONCESIONARIO.”

“OBJETO: El presente contrato de transacción, celebrado entre FERROVÍAS y el CONCESIONARIO, tiene por objeto **dar una satisfactoria solución al conflicto que se está presentando** respecto a la entrega del trayecto Cartago – La Felisa, por las razones señaladas en los considerandos, **precaviendo así un eventual litigio y, como consecuencia de lo anterior, la ejecución de una obra para la construcción de la nueva vía en los 113 km de extensión del tramo Cartago – La Felisa**, según el alcance básico establecido en la cláusula décimo octava y el detalle del estudio de avance y el estudio final presentado por la firma B&C Ltda”.

Y,

“EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN: Las partes intervinientes en la presente transacción manifiestan conocer los efectos extintivos que son inherentes a este negocio jurídico. Por tanto, se obligan a no formular reclamaciones o demandas ni a ejercer cualquier clase de **acciones que generaría el incumplimiento descrito en las consideraciones de este instrumento**”.

Esto último arroja luces respecto del alcance de las consideraciones de la transacción, dado que la construcción a cargo del Concesionario, si bien hacía parte de aquélla, esa sola circunstancia no se traducía en que las partes renunciaran a las reclamaciones que se derivaran del eventual incumplimiento de las obligaciones atinentes a construcción de la nueva obra. De hecho, conforme se expresa en la CLÁUSULA PRIMERA, la ejecución de la obra era una consecuencia de haber precavido un eventual litigio.

¿Cuál fue entonces el litigio que precavieron las partes?

Para responder a la pregunta anterior, hay que empezar por advertir que el clausulado de la transacción introdujo ciertos elementos que resultan determinantes; y es que, según se anota en el párrafo primero de la CLÁUSULA TERCERA de dicha transacción, el corredor férreo objeto de concesión se encontraba afectado por invasiones ilegales a lo largo de su extensión, además de expropiaciones de un indeterminado número de predios por el municipio de Pereira en la zona de Caimalito y Puerto Caldas, situaciones

que, en el Contrato de Transacción, se deja expresa constancia de que las conocían las dos (2) partes.<sup>154</sup>

Dentro de ese contexto, según se indica en literal a) de la misma CLÁUSULA TERCERA y en su párrafo primero, el Concesionario, por un lado (1) aceptó recibir el tramo Cartago – La Felisa<sup>155</sup> en las condiciones en que éste se encontraba, y, por otro (2) consintió en esperar<sup>156</sup>, por su cuenta y riesgo, la labor que ejecutara FERROVÍAS conjuntamente con el Concesionario para conseguir la restitución de las áreas afectadas para su rehabilitación y/o construcción y operación comercial, renunciando a reclamaciones que, por efecto de la demora en la entrega de dichas áreas del corredor, lo afectaran en cualquier forma y sentido.

A los aspectos descritos se restringe precisamente el litigio que, se dice, haber precavido por virtud de la transacción, puesto que, de su contenido, se deriva una verdadera renuncia por parte del Concesionario a las reclamaciones que pudieran derivarse de la demora en la restitución de las áreas afectadas dentro del tramo Cartago – La Felisa para su rehabilitación y/o construcción y operación comercial. Y es que si el Concesionario no hubiera consentido en lo anterior, habría podido, con todo derecho, haberle reclamado a FERROVÍAS por el incumplimiento en la entrega de las áreas antedichas, e inclusive haber dado por

---

<sup>154</sup> El párrafo primero de la CLÁUSULA TERCERA del Contrato de Transacción establece “Al encontrarse afectado el corredor férreo objeto de concesión por invasiones ilegales a lo largo de su corredor, además de expropiaciones de un indeterminado número de predios por el municipio de Pereira en la zona de Caimalito y Puerto Caldas, en situación conocida por ambas partes, TDO acepta recibir el tramo en las condiciones en que se encuentra y, así mismo, consiente en esperar por su cuenta y riesgo la labor que ejecute FERROVÍAS conjuntamente con el concesionario para conseguir la restitución de las áreas afectadas para su rehabilitación y/o construcción y operación comercial y renuncia, por lo tanto, a reclamaciones que por efecto de la demora en la entrega de estas áreas del corredor lo afecten en cualquier forma o sentido.”

<sup>155</sup> La CLÁUSULA SEGUNDA del Contrato de Transacción, referido a las obligaciones de FERROVÍAS previó que éste le entregaría al CONCESIONARIO el trayecto Cartago-La Felisa, en una extensión de 113 km, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la firma de dicho contrato.

<sup>156</sup> El Contrato de Transacción no previó expresamente un término para la solución de las situaciones derivadas de las invasiones ilegales y las expropiaciones por el municipio de Pereira.



terminado el Contrato conforme a las Cláusulas 106 y 115 del Contrato de Concesión.

Sin embargo, no se encuentra en ninguna parte de la transacción, alguna consideración o cláusula que permita concluir que, con miras a prevenir el litigio del que se ha dado cuenta antes, FERROVÍAS renunciara a alguna pretensión suya o concediera algo a la otra parte, es decir, al Concesionario, que justificara su actitud de transigir, tema que resulta sensible tratándose de la existencia de una verdadera transacción, puesto que a la luz de los artículos 2469 y siguientes del Código Civil, así como de la doctrina y de la jurisprudencia invocadas al inicio de este acápite, la transacción tendría que partir de un verdadero litigio – conflicto – respecto del cual ambas partes se hacen renunciaciones o concesiones mutuas.<sup>157</sup> Es que las renunciaciones o concesiones mutuas que hacen las partes de una verdadera transacción justifica el que éstas acepten *motu proprio* no hacer en el futuro reclamaciones que de otra forma sí habrían podido realizar fundándose en aquello a lo que precisamente renunciaron o que concedieron. En ese sentido, del contenido del Contrato de Transacción no surge aquello a lo que FERROVÍAS hubiera efectivamente renunciado o concedido y que hasta antes de suscrito dicho Contrato de Transacción pudiera haber fundamentado una eventual reclamación en contra del Concesionario.

Y es que aunque la denominada transacción sirvió a las partes para superar las dificultades que comprometían la subsistencia misma del Contrato de Concesión, no por ello se entiende que las intervenciones constructivas previstas en dicha transacción hayan sido parte del litigio precavido, máxime cuando a

---

<sup>157</sup> La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado “Conforme a lo expuesto por el artículo 2469 del Código Civil, mediante la transacción pueden las partes dar por terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, lo que implica que al celebrar ese acto jurídico las partes recíprocamente renuncian parcialmente a un derecho respecto del cual puede surgir o se encuentra en curso un litigio, razón ésta por la cual ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación que ‘para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos: 1°. Existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle sub júdice; 2°. voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla, y 3°. concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin’ (sent. 6 de mayo de 1966, G.J. CXVI, pág. 97).” Sentencia de 26 de enero de 1996 [Expediente 5395].

dichas intervenciones se asignó un valor o precio global como una nueva obra, valor que ascendió a USD\$28 millones de dólares conforme a la CLÁUSULA CUARTA, reconociéndose dicho valor o precio:

“...como valor global único, lo cual implica asumir por cuenta y riesgo el valor final de la totalidad de las obras contratadas...En consecuencia, por la modalidad contractual pactada, EL CONCESIONARIO no tendrá derecho a solicitar ningún tipo de reajuste por aumento de precio de los materiales, equipos, mano de obra, o cualquier otro insumo, ni por la ejecución de mayores cantidades de obra, cualquiera que sea la causa que los origine”.

Del alcance de la “transacción” frente a las intervenciones constructivas da cuenta también la consideración 4 del Otrosí No. 10 de 23 de noviembre de 2004 en la que se anota:

“Con la suscripción del Contrato de Transacción, el concesionario adquirió la obligación de desarrollar actividades adicionales tales como: la recuperación del corredor férreo entre Cartago y La Felisa, que por haber estado sin operación por un período aproximado de 30 años, se encuentra invadido por viviendas y cultivos, y la construcción de variantes en los casos en los que fuera necesario. Para la solución de la reubicación de núcleos poblacionales mediante la construcción de variantes, la Nación se comprometió a suministrar los terrenos a través de los mecanismos a su alcance. El concesionario, dado el grado de dificultad para la rehabilitación, determinó que las variantes necesarias son Cartago y Caimalito (Municipio de Pereira).”

Dentro de ese mismo contexto, el párrafo segundo de la CLÁUSULA TERCERA del Contrato de Transacción, referido al caso concreto del tramo expropiado por el municipio de Pereira en zona rural, corregimientos de Caimalito y Puerto Caldas, indicó:

“...si la solución a las invasiones al corredor es la construcción de variantes, porque no puedan efectuarse reubicaciones de los núcleos poblacionales, **Ferrovías se compromete** a suministrar al Concesionario los terrenos necesarios a través de los mecanismos a su alcance, como son: en primer lugar, los aportes de terrenos parciales o totales, o sus equivalentes en dinero, que debe hacer el municipio de Pereira a manera de indemnización por el acto ilegal de expropiación del corredor férreo, mediante demanda que adelante la Entidad, y el apoyo de las gobernaciones de Risaralda, Caldas, Valle, así como los aportes que deberá realizar la Nación, en caso de que ello fuere necesario. **El concesionario se compromete** por su cuenta y riesgo a realizar los estudios, obras civiles, licencia ambiental y permisos; y todas las actividades requeridas para construir la variante férrea que permita la continuidad técnica – operativa eficiente de la línea férrea concesionada. El concesionario se compromete por su cuenta y riesgo a realizar los estudios, obras civiles, licencia ambiental y permisos; y todas las actividades requeridas para construir la variante férrea que permita la continuidad técnica – operativa eficiente de la línea férrea concesionada.”

De este segundo párrafo de la CLÁUSULA TERCERA tampoco se desprende la existencia de algún litigio precavido por las partes, sino una previsión más respecto de la construcción a la que por virtud y a partir de la suscripción del Contrato de Transacción se obligaron tanto el Concesionario como FERROVÍAS. El hecho de que en virtud de esta última previsión, FERROVÍAS adquiriera ciertos compromisos que tienen relación con la construcción de variantes, no implica que respecto del litigio precavido FERROVÍAS esté concediendo o renunciando a algo, sino que, sencillamente, está comprometiéndose a hacer el reconocimiento económico al CONCESIONARIO por la ejecución de obras no contempladas inicialmente en el Contrato de Concesión.<sup>158</sup>

En ese sentido, la CLÁUSULA QUINTA de la transacción, referida al “*PLAZO DEL CONTRATO*”, dispuso que:

“El presente contrato tendrá un plazo de ejecución que se extiende hasta el 5 de agosto de 2005, iniciando éste dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del presente contrato, teniendo en cuenta las especificaciones técnicas que se definen según el alcance básico establecido en la cláusula DÉCIMA OCTAVA y el detalle del estudio de avance y el estudio final presentado por la firma B&C Ltda. que hace parte integral del mismo. Este plazo se podrá extender por todo el tiempo que requiera la solución de reubicaciones o variantes al tramo expropiado por el municipio de Pereira y todas las que se requieran a lo largo el corredor férreo (PARÁGRAFO PRIMERO Y SEGUNDO DE LA CLÁUSULA TERCERA)”.

En la cláusula anterior se hizo referencia, como es natural, al tema de las intervenciones constructivas, cuestión que se concluye, entre otras, de varias de las previsiones de la misma cláusula que están vinculadas al tema constructivo, como son, por ejemplo, las especificaciones técnicas en la ejecución de las obligaciones adquiridas por el Concesionario por virtud de la transacción, así

---

<sup>158</sup> Conforme se desprende del Contrato de Concesión, hasta antes del Contrato de Transacción, el CONCESIONARIO adquirió, entre otras, “17.3. La obligación de diseñar y ejecutar con cargo a la remuneración que recibe por la concesión y a su riesgo, las obras, trabajos y actividades que le corresponda desarrollar, tanto para la conservación de la infraestructura concesionada como para su posterior rehabilitación si ello fuera necesario.”

como también de la previsión relativa a la extensión del plazo por las reubicaciones o variantes a que se hace referencia en la misma cláusula.

De hecho, este mismo plazo se unificó en su momento con respecto al plazo de las obligaciones del Concesionario – no de la entidad concedente – frente a los demás tramos, tal y como dan cuenta las consideraciones 4, 5, 6, 7 y 8 del Otrosí No. 10 de 23 de noviembre de 2004, a cuyo tenor:

“4. El 31 de julio de 2002 se suscribió el contrato de transacción en el que se acordó que para el desarrollo de las obras de este contrato (tramo Cartago – La Felisa) tendría un plazo hasta el 5 de agosto de 2005.

Con la suscripción del contrato de transacción, el concesionario adquirió la obligación de desarrollar actividades adicionales tales como: la recuperación del corredor férreo entre Cartago y La Felisa, que por haber estado sin operación por un período aproximado de 30 años, se encuentra invadido por viviendas y cultivos, y la construcción de variantes en los casos en los que fuera necesario. Para la solución de la reubicación de núcleos poblacionales mediante la construcción de variantes, la Nación se comprometió a suministrar los terrenos a través de los mecanismos a su alcance. El concesionario, dado el grado de dificultad para la rehabilitación, determinó que las variantes necesarias son Cartago y Caimalito (Municipio de Pereira).

5. Por el Acta suscrita el 8 de mayo de 2003 se unificó la fecha de terminación de las obras de rehabilitación hasta el 20 de agosto de 2005.

6. El concesionario en comunicación TDO-0563 del 26 de octubre de 2004, con número de radicado 013629, solicitó ampliar el plazo de rehabilitación-reconstrucción por cuanto se han presentado situaciones que no le son imputables y que han dificultado el seguimiento del cronograma de obras como son interferencia por invasiones de familia al corredor férreo, interferencias por la construcción de variantes, interferencia por la disposición de predios para las variantes e interferencias por la complejidad del corredor. No obstante se deja constancia que el INCO Y EL CONCESIONARIO han puesto toda su diligencia para superar los inconvenientes.

7. La interventoría GERENCIAR en comunicación GEB3716, radicada con número 013939 del 28 de octubre de 2004 conceptuó viable una prórroga en el plazo de las obras de rehabilitación.

8. En el concepto No. 001137 de fecha 2 de noviembre de 2004, emitido por el Asesor del modo férreo se analiza la conveniencia y la viabilidad de ampliar el plazo de rehabilitación-reconstrucción del contrato de concesión 09-CONP-98 hasta el mes de abril de 2006”.

Con posterioridad a la suscripción del Contrato de Transacción, el plazo fue prorrogado mediante los Otrosíes Nos. 10 de 23 de noviembre de 2004<sup>159</sup> y 12

---

<sup>159</sup> “CLÁUSULA PRIMERA. PRÓRROGA DEL PLAZO DE REHABILITACIÓN – RECONSTRUCCIÓN: Ampliar el plazo del periodo de rehabilitación-reconstrucción del Contrato de Concesión 09-CONP-98 hasta el 30 de abril de 2006.”

del 5 de mayo de 2006.<sup>160</sup> Más adelante, por virtud del Otrosí No. 15 de 10 de julio de 2008 se estipuló que, luego de la cesión de 10 de julio de 2008, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** continuaría vinculado al Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico y a cargo del cumplimiento de las obligaciones del Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción, hasta el 18 de diciembre de 2009 o hasta la manifestación de conformidad por parte de la interventoría (numeral CUARTO del Otrosí No. 15 de 10 de julio de 2008); asimismo que **TREN DE OCCIDENTE S.A.** entregaría la totalidad de los diseños pendientes del Plan de Obras de Rehabilitación – Reconstrucción, a más tardar el 30 de septiembre de 2008 (Parágrafo segundo, numeral CUARTO del Otrosí No. 15 de 10 de julio de 2008).

Conforme se desprende de los antecedentes del Otrosí No. 16 de 13 de julio de 2013, la estipulación relativa a la extensión determinada (18 de diciembre de 2009) o determinable (manifestación de conformidad por parte de la interventoría) del término durante el cual TREN DE OCCIDENTE S.A. continuaría vinculado al Contrato de Concesión, se justificó en el hecho de que tanto para la fecha de la cesión como para la fecha de suscrito el Otrosí No. 15 de 10 de julio de 2008, **TREN DE OCCIDENTE S.A.** no había culminado algunos trabajos contemplados en el Plan de Obras de Rehabilitación-Construcción<sup>161</sup>, cuyas solicitudes elevadas por el Concesionario relatan la falta de entrega y

---

<sup>160</sup> “CLÁUSULA PRIMERA. AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE REHABILITACIÓN-RECONSTRUCCIÓN: Ampliar el plazo para la ejecución de las actividades de rehabilitación-reconstrucción del periodo 4 del plan de obras, del Contrato de Concesión 09-CONP-98 hasta el 26 de junio de 2006.”

<sup>161</sup> En el numeral 2º de los Antecedentes del Otrosí No. 16 de 5 de julio de 2013 se advierte “2. ... como no se habían culminado algunos trabajos del Plan de Obras de Rehabilitación y Reconstrucción, se acordó que Tren de Occidente S.A. continuaría vinculado al Contrato de Concesión para efectos de ejecutar y completar el Plan de Obras de Rehabilitación hasta la finalización del citado Plan, para lo cual se pactó como fecha final el 22 de noviembre de 2012. Adicionalmente, en el Otrosí No. 15 se acordó que Ferrocarril del Oeste recibiría el tramo Cartago – La Felisa, afecto al Contrato de Concesión ‘dentro de los quince (15) días siguientes a la manifestación de conformidad por parte de la Interventoría en relación con el cumplimiento de las obligaciones del Plan de Rehabilitación – Reconstrucción’. A la fecha, la anterior condición no se ha cumplido, razón por la cual Ferrocarril del Pacífico S.A.S. no tiene responsabilidad alguna sobre dicho tramo hasta tanto se ejecute el mencionado Plan.”

saneamiento, y la problemática vinculada a las condiciones históricas del sector.<sup>162</sup>

La situación anterior tampoco cambió llegado el 18 de diciembre de 2009, razón por la cual, inicialmente el INCO consideró viable<sup>163</sup> la ampliación del plazo

<sup>162</sup> También, en el numeral 2º de los Antecedentes del Otrosí No. 16 de 5 de julio de 2013 se advierte “2. ... como no se habían culminado algunos trabajos del Plan de Obras de Rehabilitación y Reconstrucción, se acordó que Tren de Occidente S.A. continuaría vinculado al Contrato de Concesión para efectos de ejecutar y completar el Plan de Obras de Rehabilitación hasta la finalización del citado Plan, para lo cual se pactó como fecha final el 22 de noviembre de 2012. Adicionalmente, en el Otrosí No. 15 se acordó que Ferrocarril del Oeste recibiría el tramo Cartago – La Felisa, afecto al Contrato de Concesión ‘dentro de los quince (15) días siguientes a la manifestación de conformidad por parte de la Interventoría en relación con el cumplimiento de las obligaciones del Plan de Rehabilitación – Reconstrucción’. A la fecha, la anterior condición no se ha cumplido, razón por la cual Ferrocarril del Pacífico S.A.S. no tiene responsabilidad alguna sobre dicho tramo hasta tanto se ejecute el mencionado Plan.”

<sup>163</sup> En la Resolución 508 del 1 de diciembre de 2010, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por el Concesionario frente a la Resolución 385 del 14 de septiembre de 2010, esta última que le había impuesto una multa, se indica “...respecto del nuevo plazo otorgado por el INCO al vencimiento del plazo estipulado en el otrosí No. 15 para el 18 de diciembre de 2009, esta situación no obedeció a un perdón por parte del Instituto, ni fue producto de la respuesta enviada por TREN DE OCCIDENTE en septiembre de 2009 (tal como lo argumenta el recurrente), es una consecuencia de lo estipulado en el documento de cesión. Sobre este punto, debe aclararse que el 10 de julio de 2008, se celebró un Contrato de Cesión entre la Sociedad TREN DE OCCIDENTE S.A. y FERROCARRIL DEL OESTE S.A. ... En la misma fecha citada en el párrafo anterior, se reconoció la cesión por parte del INCO a través del otrosí No. 15 suscrito entre el INCO, FERROCARRIL DEL OESTE S.A. y TREN DE OCCIDENTE S.A. ...En atención a lo acordado en el Otrosí No. 15, se observa que el artículo cuarto del mismo estableció que el plazo para el cumplimiento de las obligaciones del Plan de Obras de Rehabilitación-Reconstrucción se acordó hasta el 18 de diciembre de 2009 o hasta la manifestación de conformidad por parte de la interventoría, situación que no aconteció, razón por la cual hasta tanto no se recibiera a satisfacción esto es, no se recuperaran los atrasos y se realicen las obras faltantes, el recibo de las mismas queda sujeto a ello, tal como lo manifestó la Interventoría en su comunicación GEB 0351356 y radicada con el No. 2009-409-027422-2, plazo avalado por este Instituto con oficio No. 155971 del 18 de diciembre, de conformidad con el concepto emitido por el Grupo Jurídico de la Entidad con el memorando interno No. 65323 del 23 de diciembre de 2009, en el siguiente sentido: ‘Observando que el plazo se precisó en el Otrosí No. 15, conforme a la llegada del día 18 de diciembre de 2009 o, la aprobación del plan de obras por parte de la interventoría del proyecto, y **siendo que ha sucedido el primer evento pero no así el segundo y, que conforme al artículo 1551 del código civil el plazo es un hecho futuro pero cierto, de manera que puede considerarse el requisito de aprobación por parte de la interventoría como un elemento válido para la determinación del plazo, debe entonces procederse a solicitar a la interventoría que determine un plazo razonable para que el concesionario termine el plan de obras de rehabilitación.**’ En el oficio citado anteriormente, la interventoría del proyecto manifestó que: ‘el tiempo de finalización podría estar en aproximadamente 12 meses, supeditado adicionalmente a que se coloquen los recursos humanos y logísticos que el proyecto requiere. Lo anterior debe ser acompañado de una revaluación de la cláusula 95 del Contrato de Concesión, de manera que permita la aplicación de multas como herramienta de apremio y con la oportunidad que se presentan los atrasos en la programación.’ [Subrayado fuera del texto] Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 108 y 109.

pactado hasta el 18 de diciembre de 2010,<sup>164</sup> y posteriormente hasta el 22 de noviembre de 2012.<sup>165</sup>

Así las cosas, no habiendo FERROVÍAS renunciado o concedido algo en relación con el presunto litigio precavido, y evidenciándose que si hubo alguien que renunció o concedió algo, ese fue única y exclusivamente el Concesionario,

<sup>164</sup> En el oficio 20093070155971 de 18 de diciembre de 2009 remitido por el INCO al Concesionario se indica "En atención a que hoy, 18 de diciembre de 2009, vence el plazo para la terminación del Plan de Obras de Rehabilitación del tramo Zaragoza – La Felisa, sin que se haya logrado su culminación, como lo confirma la interventoría con la comunicación GEB 0351351, radicada en el INCO con el No. 2009-409-027210 del 16 de diciembre de 2009, motivo por el cual, como es de su conocimiento, el INCO viene adelantando una actuación administrativa tendiente a la imposición de una sanción 'Por el atraso en la ejecución del Plan de Obras de Rehabilitación – reconstrucción del tramo Zaragoza – La Felisa', en cumplimiento de las cláusulas 95 y 97 del contrato de concesión. Sin perjuicio de lo anterior, y de acuerdo a lo establecido en el Otrosí No. 15, numeral cuarto, EL INCO ha solicitado a la interventoría, conceptuar sobre el nuevo plazo para la recuperación de los atrasos y cumplimiento de conformidad de (sic) las obras faltantes, respecto de lo cual la interventoría, manifestó que el plazo recomendado es de un año a partir de la fecha, según la comunicación GEB 0351356 y radicada en el INCO con el No. 2009-409-027422-2, plazo avalado por este Instituto..." Asimismo, en el oficio 20103070175101 de 17 de diciembre de 2010 remitido por el INCO al Concesionario se advierte "El 18 de diciembre de 2009, mediante oficio con Radicado INCO No. 2009300155971 el INCO conforme a lo manifestado por la interventoría amplió el plazo pactado en un año, es decir, hasta el 18 de diciembre de 2010." Cuaderno de Pruebas No. 2, DVD No. 2.

<sup>165</sup> En el oficio 20103070175101 de 17 de diciembre de 2010 remitido por el INCO al Concesionario se advierte: "De acuerdo con el cronograma de obras presentado por TREN DE OCCIDENTE y debido a que no se cuenta con la totalidad de los predios requeridos para la construcción de la variante de Cartago por parte del Estado, TREN DE OCCIDENTE S.A., ha considerado dos hitos para la terminación del Plan de Obras de rehabilitación en el sector Zaragoza-La Felisa: i) la construcción de la variante Cartago y ii) el suministro y colocación de balasto. En la medida en que la entrega de predios para esta variante está prevista por parte del INCO para el mes de mayo de 2011, quedando pendiente por definir la fecha de entrega de los 3 predios que debe adquirir el municipio de Pereira, de acuerdo con el pacto de cumplimiento dentro de la acción popular instaurada en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda el 18 de abril de 2005, en el proceso radicado con el No. 2002-00874-00, y teniendo en cuenta que la construcción de la infraestructura y superestructura de la vía férrea de los 16,32 km de la variante y la construcción del puente sobre el río La Vieja pueden ser adelantadas paralelamente (un frente por cada obra), la condición crítica en este caso sería el tiempo para la construcción de la variante" (...) Con el fin de garantizar la continuidad y operación del corredor férreo entre Buenaventura y la Felisa, se requiere tener en cuenta la construcción de la variante Cartago, de acuerdo con las condiciones del sector y los rendimientos históricos de este tipo de actividad, se requiere ampliar el plazo del Plan de Obras de Rehabilitación, contados a partir del 18 de diciembre de 2010, hasta el 22 de noviembre de 2012.(...) ...teniendo en cuenta que TREN DE OCCIDENTE S.A., ha manifestado el interés de terminar el Plan de Obras de Rehabilitación a pesar de los requerimientos iniciados por el INCO para su cumplimiento, esta Subgerencia considera viable ampliar el plazo solicitado hasta el 22 de noviembre de 2012... De acuerdo con la ampliación del plazo para la culminación del Plan de Obras de Rehabilitación que incluye la construcción de la variante de Cartago... "Los riesgos que debe asumir TREN DE OCCIDENTE S.A., para la ejecución del Plan de obras de Rehabilitación, son los establecidos en el contrato de concesión y sus documentos modificatorios". Cuaderno de Pruebas No. 2, DVD No. 2. A su turno, la interventoría CONSORCIO FERROPACÍFICO en su informe No. 12 del 22 de octubre al 21 de noviembre de 2012 señala que "Este plazo se motivó principalmente por la falta de balasto para la superestructura y la falta de algunos predios necesarios para construir parte de las variantes." Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 414.

no se puede hablar de una verdadera transacción, sino más bien de una modificación de común acuerdo al Contrato de Concesión en relación con el tramo Cartago – La Felisa, modificación que además de las intervenciones constructivas a cargo del Concesionario, alteraron respecto de dicho tramo la distribución de los riesgos en tratándose de la entrega de los inmuebles a que hacen referencia distintas normas del Contrato de Concesión<sup>166</sup>, puesto que el CONCESIONARIO consintió en asumir los efectos que se derivaran del riesgo de demoras en la restitución de ciertas áreas afectadas en dicho tramo.

Y es que si antes de la denominada transacción, el riesgo consistente en los efectos negativos derivados de las demoras en la restitución de ciertas áreas o predios del tramo Cartago – La Felisa lo soportaba FERROVÍAS<sup>167</sup>, con la suscripción del denominado Contrato de Transacción, pasó a soportarlo también el CONCESIONARIO. Hay que advertir que el riesgo que se comenta, que fue expresamente identificado<sup>168</sup> en el Contrato de Transacción (los efectos de la demora en la restitución de las áreas afectadas por invasiones ilegales y las

---

<sup>166</sup> Así por ejemplo, las cláusulas 7.1.4. y 15.1, entre otras.

<sup>167</sup> Conforme lo anota la doctrina nacional: “6. El riesgo de disponibilidad de predios. En los proyectos de infraestructura para transporte vial, dado que no hay traslado de la propiedad de las zonas de vía al concesionario y, por el contrario, la Ley 105 de 1993 prevé que los predios deben adquirirse siempre para la entidad responsable de este servicio, sea por el contratista o directamente por la entidad contratante, el riesgo de disponibilidad para el desarrollo del proyecto siempre será de cargo del ente público contratante. Ahora bien, la posibilidad de delegar la función de adquisición de predios no conlleva la asunción del riesgo por el contratista por no obtener el resultado buscado y, por lo mismo, tendrán que ser de cargo de la entidad los sobrecostos generados por las demoras en la obtención de los predios por el mecanismo de la expropiación, sea ésta administrativa o judicial.” MONTES DE ECHEVERRY, Susana y MIER BARROS, Patricia. Concesiones Viales. La Inadecuada Distribución de los Riesgos, Eventual Causa de Crisis en los Contratos. Revista de Derecho Público Nº 11. Junio de 2000. Universidad de los Andes. p. 105.

<sup>168</sup> En relación con el riesgo de disponibilidad de predios, la Comisión de Infraestructura en su informe de octubre de 2012 indicó “Los proyectos de infraestructura de transporte público requieren la disponibilidad de predios para construir las obras. Estos predios también son necesarios para futuras expansiones o ensanches (derecho de vía). En el caso colombiano, la falta de disponibilidad predial se ha convertido en un importante factor de incumplimiento de los cronogramas de obra. Ello ha generado sobrecostos y se ha convertido en una excusa de los contratistas para no realizar a tiempo las inversiones a que se encuentran obligados. Los retrasos en la disponibilidad de predios obedecen a múltiples razones, entre ellas: (i) demoras en el inicio del proceso de adquisición predial por parte de los contratistas; (ii) retrasos por sobrecostos excesivos de adquisición predial; (iii) demoras por trámites complejos o accidentados, no adecuadamente previstos por las partes; (iv) retrasos por deficiencias en los mapas de las redes de servicio público, usualmente desactualizados; y (v) imperfecciones en las normatividad que pueden dilatar el trámite de adquisición predial hasta en una década como sucede con la llamada prejudicialidad”.



expropiaciones), fue trasladado también al Concesionario con una connotación particular consistente en que éste consintió en asumir los efectos de dicho riesgo sin ninguna delimitación cuantitativa, cualitativa o temporal, y por el contrario, aceptó sin reserva que las demoras pudieran afectarlo “*en cualquier forma o sentido*”.

Con anterioridad a la transacción, el Concesionario no habría estado obligado a recibir el tramo Cartago – La Felisa hasta tanto no fueran solucionados los problemas que por cuenta de invasiones ilegales y/o de expropiaciones pudieran hacer imposible su utilización, pero con posterioridad a aquélla, el Concesionario aceptó recibir el tramo en las condiciones en que éste se encontrara, consintiendo – se itera – las demoras que pudieran presentarse en la restitución de áreas afectadas por invasiones ilegales y expropiaciones por el municipio de Pereira – demoras que podían presentarse inclusive por las labores que ejecutaran FERROVÍAS conjuntamente con el Concesionario<sup>169</sup> – y que lo afectaran “*en cualquier forma y sentido*”.

Por demás, el Acta No. 57 del 21 de julio de 2005, Verificación y entrega material definitiva de bienes inmuebles Tramo Cartago-La Felisa, consigna:

**“CONSIDERACIONES.**

“[...] 5. Que en el contrato de transacción, suscrito entre Ferrovías y Tren de Occidente S.A., el 31 de Julio del 2002, estableció en la cláusula tercera como obligación del **CONCESIONARIO**: “ a) Recibir el trayecto Cartago – La Felisa, en el estado en que se encuentra actualmente para lo cual suscribirá el acta de recibo correspondiente...”

**“ACUERDAN**

---

<sup>169</sup> De las labores conjuntas entre FERROVÍAS y el CONCESIONARIO, por cuenta de la transacción suscrita entre éstos, da cuenta, por ejemplo, el Otrosí No. 10 de 23 de noviembre de 2004, “6. El concesionario en comunicación TDO-0563 del 26 de octubre de 2004, con número de radicado 013629, solicitó ampliar el plazo de rehabilitación-reconstrucción por cuanto se han presentado situaciones que no le son imputables y que han dificultado el seguimiento del cronograma de obras como son interferencia por invasiones de familia al corredor férreo, interferencias por la construcción de variantes, interferencia por la disposición de predios para las variantes e interferencias por la complejidad del corredor. No obstante se deja constancia que el INCO Y EL CONCESIONARIO han puesto toda su diligencia para superar los inconvenientes”.

"1. FERROVIAS EN LIQUIDACIÓN hace entrega material definitiva al INSTITUTO del tramo Cartago-La Felisa.

2. **EL INSTITUTO a su vez hace entrega material definitiva al CONCESIONARIO del tramo Cartago-La Felisa.**

3. Dar por verificado el tramo Cartago-La Felisa, **según los planos que se anexan a la presente Acta y que forman parte de la misma, que fueron elaborados por TREN DE OCCIDENTE S.A. y revisados conjuntamente por el CONCESIONARIO, FERROVIAS EN LIQUIDACIÓN Y EL INSTITUTO.**

**Estos planos contienen la identificación y descripción mediante su alinderamiento, de los bienes inmuebles que comprenden el corredor férreo en el trayecto Cartago-La Felisa...."**

[...]

7. **No habrá reclamación alguna por lo acordado en este documento"**.<sup>170</sup>

Sumado a lo anterior, en el Contrato de Cesión suscrito el 10 de julio de 2008 se expresa de forma general, esto es, sin discriminar tramos, áreas, específicas obligaciones, etc.:

"TERCERA. INDEMNIDAD DEL INCO. Salvo por la controversia que LA CEDENTE promoverá ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, la cual está contenida en el documento intitulado 'ACTA DE ACUERDO' No. 62<sup>171</sup> suscrita con el INCO, el 10 de julio de 2008, **LA CEDENTE declara cumplido el contrato de Concesión por parte de EL INCO, hasta la fecha de la firma de la presente cesión, razón por la cual se abstendrá de iniciar cualquier tipo de acción o reclamación administrativa o judicial contra dicha Entidad estatal, que se refiera a la ejecución del Contrato de Concesión en fecha anterior a esta cesión.**"

La previsión anterior, constitutiva de renuncia unilateral del CONCESIONARIO, contradice lo expresado por éste en su demanda<sup>172</sup> respecto de incumplimientos

---

<sup>170</sup> Cuaderno de Pruebas No. 7-2, folios 148-149.

<sup>171</sup> Conforme al Acta de Acuerdo No. 62 de 10 de julio de 2008: "PRIMERO: La controversia que TREN DE OCCIDENTE S.A. formulará directamente ante el Tribunal de Arbitramento en derecho regido por las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, estará relacionada con los temas que se indican en los considerandos 4 y 5 de esta Acta de Acuerdo.", y los considerandos mencionados señalan "4.- Que TREN DE OCCIDENTE S.A. ha solicitado al INCO el reconocimiento de los costos no amortizados por una operación comercial a terceros que ha considerado deficitaria e inviable, los cuales determinó libre y autónomamente hasta en la suma de \$38.000.000.000.00, lo que en su sentir constituye un riesgo anormal que no asumió. 5.- Que INCO considera que no hay lugar a reconocimiento alguno a favor de TREN DE OCCIDENTE S.A. por los costos no amortizados por una operación comercial a terceros, como quiera que dicho riesgo es de responsabilidad exclusiva del Concesionario en el esquema de riesgos del Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico." La controversia a que alude dicha Acta, como es de conocimiento de las partes, fue resuelta por el laudo de 20 de mayo de 2011 proferido dentro del proceso TREN DE OCCIDENTE S.A. contra INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO –.

<sup>172</sup> Entre otros, hechos 3.1.3. a 3.1.5., 3.1.12.1. a 3.1.12.4. y 3.1.14 de la demanda. Cuaderno Principal No. 1, Folios 11, 13, 14 y 15. Sólo a partir de los hechos 3.1.20. de la demanda se refiere a los presuntos incumplimientos acaecidos luego de suscrito el Contrato de Transacción.

que aquél le atribuye a la entidad pública concedente, presuntamente acaecidos con posterioridad a la fecha de suscripción del Contrato de Transacción y con anterioridad a la fecha en que se suscribió dicho Contrato de Cesión.

Desde esta perspectiva, para el Tribunal se impone concluir, a la luz de lo pactado expresamente, que la entidad concedente no incumplió la obligación de entregar los predios al Concesionario, porque éste aceptó recibir el corredor vial del tramo Cartago-La Felisa, y lo recibió en las condiciones en que se encontraba, las cuales conocía, como lo evidencian las consideraciones del llamado Contrato de Transacción y el Acta de Entrega definitiva que menciona los planos anexos que elaboró, que fueron revisados por todas las partes y que contienen el alinderamiento e identificación de los inmuebles del corredor férreo en ese trayecto.

En efecto, no puede imputarse un incumplimiento a la entidad concedente por la falta de entrega y saneamiento de los predios, por cuanto en el llamado contrato de “transacción” se pactó, de un lado su condonación hasta entonces y de otro lado, se estipuló una obligación de **actividad conjunta** consistente **en una conducta a cargo de ambas partes** *“para conseguir la restitución de las áreas afectadas para su rehabilitación y/o construcción y operación comercial”*. Ambas partes se obligaron a adelantar conjuntamente las diligencias que fueran menester dentro de su esfera o radio de acción para obtener la restitución que le permitiera a la entidad concedente cumplir con la entrega en las condiciones acordadas en el Contrato y en sus modificaciones. Además, acordaron expresamente, con efectos a partir de la celebración de ese contrato y hacía el futuro sin limitarlos en el tiempo que, en cuanto a los inmuebles afectados con invasiones a lo largo del corredor y a los que eran objeto de expropiación por el Municipio de Pereira en la zona Caimalito y Puerto Caldas, entregar y recibir el corredor vial de ese tramo en esas condiciones y el Concesionario *“esperar por su cuenta y riesgo” los resultados de esa labor, renunciando “ por lo tanto, a*

*reclamaciones que por efecto de la demora en la entrega de estas áreas del corredor lo afecten en cualquier forma o sentido”, circunstancia que comprende toda demora en la solución de las invasiones del tramo expropiado por ese municipio entre Caimalito y Puerto Caldas con la construcción de variantes<sup>173</sup> cuando no pudieran realizarse las reubicaciones de los núcleos poblacionales, en cuyo caso, la concedente “se compromete a suministrar al Concesionario los terrenos necesarios a través de los mecanismos a su alcance, como son: en*

<sup>173</sup> La interventoría CONSORCIO FERROPACÍFICO en sus informes No. 21 del 22 de julio al 21 de agosto de 2013 señala en relación con la “CONSTRUCCIÓN DE VARIANTES CARTAGO, CAIMALITO Y CHINCHINÁ” que “El componente técnico y el componente social generado por las invasiones en el corredor férreo, fueron factores determinantes para que durante el desarrollo de la rehabilitación se hiciera necesaria la construcción de variantes. La política general para la recuperación del corredor consistió en la reubicación de los invasores a través de los diversos mecanismos...En el caso de Cartago, donde el corredor férreo atraviesa la ciudad, la línea férrea existente es una de sus vías principales con ruta de buses y gran ocupación, que hace imposible su recuperación. Para poder rehabilitar la vía férrea existente en la zona urbana hubiera sido necesario reubicar la infraestructura de servicios públicos situada dentro del corredor férreo, debido a situaciones que podrían comprometer la estabilidad de la banca y los conflictos que resultarían por las labores de mantenimiento y reparación de las redes. Situación similar se presenta con el paso del ferrocarril por el sector denominado Caimalito, en donde el corredor y su trazado original se encuentran totalmente invadidos por cientos de construcciones asentadas por muchos años, que no hacen viable su recuperación. Por las circunstancias antes descritas, se decidió entre las partes la construcción de las variantes de Cartago y Caimalito. 4.4.1. Variante Cartago...TDO no inició la construcción de la variante Cartago por la falta de disponibilidad de algunos de los predios necesarios para completar su ejecución. No obstante lo anterior, TDO disponía de pista suficiente para avanzar en la ejecución de las obras que no tienen interferencia predial, tal como se resume en la Tabla 4.5. Disponibilidad de predios de las variantes.4.4.2. Variante Caimalito...De acuerdo con el último cronograma de terminación de obras de rehabilitación presentado por Tren de Occidente S.A., todas las actividades de la variante Caimalito deberían haberse ejecutado entre el 1 de noviembre de 2010 y el 23 de junio de 2012; sin embargo, todos los trabajos fueron suspendidos unilateralmente por esa sociedad, a raíz de la nulidad del proceso de expropiación judicial, que implicó la nulidad de la entrega anticipada de cuatro de los catorce predios requeridos para su construcción. No obstante la situación de los cuatro predios mencionados, TDO contaba con una longitud de variante disponible para avanzar en la ejecución de las obras, tal como se resume en la Tabla 4.5. y Tabla 4.8. sobre la disponibilidad de predios de las variantes. Pese a que el municipio adelantó la adquisición directa de un predio, por las demoras y dificultades presentadas en la adquisición de los otros 3 predios, el municipio de Pereira solicitó la colaboración de la Agencia dada su experiencia en la gestión. El municipio por su parte colocó los recursos necesarios. La ANI lideró la adquisición de estos predios a partir del convenio interadministrativo No. 004 suscrito con el municipio de Pereira el 23 de julio de 2012, y cuyo objeto es ‘establecer el marco de cooperación entre las partes para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos por el MUNICIPIO en el Pacto de Cumplimiento celebrado el 18 de abril de 2005, aprobado mediante Sentencia de mayo 26 de 2005, a través del apoyo y colaboración que se compromete a brindar la AGENCIA al MUNICIPIO para la adquisición de los tres (3) predios faltantes, requeridos para la construcción de la variante Caimalito, identificados con matrícula inmobiliaria No. 1 290-72128. No. 2 290-132251. No. 3 290-4849. **Esta actividad de adquisición de predios finalizó satisfactoriamente el 18 de febrero de 2013.**”4.4.3. Variante Chinchiná...Según el cronograma de ejecución de obras presentado por TDO, la variante Chinchiná debió iniciar el 01 de octubre de 2010 y terminar el 23 de febrero de 2011. Sin embargo, las obras se ejecutaron en toda la longitud de la variante pero solo hasta nivel de subrasante con actividades de: descapote, corte en roca, rellena de banca, construcción de obras de drenaje transversal, alistamiento para riesgo de material de sub-balasto y construcción de alcantarillas de cajón.” Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 490 (respaldo) a 491 (respaldo).

*primer lugar, los aportes de terrenos parciales o totales, ó su equivalente en dinero, que debe hacer el municipio de Pereira a manera de indemnización por el acto ilegal de expropiación del corredor férreo, mediante demanda que adelanta la Entidad, y el apoyo de las gobernaciones de Risaralda, Caldas, Valle, así como los aportes que deberá realizar la Nación, en caso de que ello fuere necesario”, y el Concesionario, “se compromete por su cuenta y riesgo a realizar los estudios, obras civiles, licencia ambiental y permisos; y todas las actividades requeridas para construir la variante férrea que permita la continuidad técnica – operativa eficiente de la línea férrea concesionada”.*

En uno u otro caso, la prestación quedó sujeta a un plazo indeterminado y determinable por la duración de los trámites legales respectivos para entregar saneada las áreas necesarias, sin que el Concesionario pudiese reclamar por las demoras, es decir, aceptó compartir ese riesgo. Y, así no se diga expresamente, tampoco la entidad concedente podría reclamar. Por supuesto, cuando el plazo es indeterminado, la prestación no puede exigirse mientras no se cumplan las circunstancias de las cuales pende.

En efecto, en ambas hipótesis, las partes conocían la situación de los predios y tenían conciencia de las demoras en la entrega saneada de las áreas necesarias para la rehabilitación, construcción y operación, como también de los tiempos indeterminados para la restitución, solución de las expropiaciones, adquisición total o parcial de los predios o pago del equivalente para que el Municipio indemnizara por las expropiaciones, y la duración indeterminada de los trámites legales.

Al recibir el Concesionario el corredor en esas condiciones, aceptar las demoras que lo afectaran en cualquier forma y sentido y renunciar a reclamación por tal virtud, la entrega de los predios quedó sometida a la labor conjunta de ambas partes en el primer caso, o la solución de los trámites legales respectivos, en el

segundo. Obsérvese que las partes no estipularon un plazo cierto y determinado para tal efecto y, por el contrario, eran conscientes de las invasiones y expropiaciones, así como de las demoras para la entrega saneada.

En ese sentido, por lo que atañe al plazo o tiempo en que debe cumplirse la obligación de entregar saneados los predios del tramo Cartago – La Felisa, y la obligación de actividad conjunta de la entidad concedente con el **Concesionario** para conseguir la restitución de las áreas afectadas por invasiones ilegales y expropiaciones, no debe entenderse incumplida – como consecuencia de la mera demora – por ninguna de las partes comprometidas en dicha labor conjunta.

En suma, para el Tribunal, la pretensión primera declarativa de incumplimiento de la obligación de entregar los predios no está llamada a prosperar. Por el contrario, estima que prosperan las excepciones denominadas de “transacción” e “inexistencia de incumplimiento”, con los alcances expuestos en precedencia. En todo caso, no se ha alegado en este arbitramento falta de diligencia de las partes en el cumplimiento de dicha obligación conjunta.

**3. Las Pretensiones Declarativas Segunda a Cuarta, Primera Subsidiaria, y Primera a Octava de Condena, y las excepciones de contrato no cumplido y genérica.**

La segunda pretensión declarativa principal orientada a declarar que la Convocada dio lugar a la terminación anticipada del Contrato de Concesión refiere a los *“incumplimientos graves y la falta de saneamiento del tramo Zaragoza-La Felisa”*, y la subsidiaria de ésta, a *“que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, ha incumplido sus obligaciones contractuales, ocasionando un grave perjuicio para el CONCESIONARIO y para el desarrollo del objeto contractual del contrato de concesión de infraestructura y de obras de*

*conservación de la red pacífica, de acuerdo a la parte motiva del presente escrito”.*

Los hechos del libelo reseñan la obligación de entregar los predios necesarios para ejecutar las actividades contractuales (2.3), el incumplimiento de la obligación de entregar los predios al Concesionario (3. Hechos), *“a pesar de haber pactado diferentes plazos para la entrega”* (3.1.5.), la transacción celebrada el 31 de julio de 2002, *“las concesiones hechas por la Convocante para evitar una afectación mayor al proyecto”*, el transcurso de 10 años desde entonces, y la persistencia del incumplimiento de esa obligación (3.1.12), aún después de la transacción y de la Cesión de Contrato, estando pendiente en las variantes Caimalito y Cartago por entregar los indicados en el hecho 3.1.20, *“incumplimientos graves de la ANI respecto de la entrega de los predios del sector Zaragoza-La Felisa, concretamente los predios correspondientes a la variante Cartago, variante Caimalito y el predio correspondiente a la Hacienda Amapola”*, según prueban las distintas solicitudes de ampliación del plazo *“para realizar la rehabilitación y/o reconstrucción que eleva TREN DE OCCIDENTE ante la ANI con el fin de que ésta pueda hacer entrega de los predios y así la Convocante pudiera ejecutar las actividades del Plan de Obras de Rehabilitación-Reconstrucción”* (hecho 3.1.22), *“falta de cumplimiento de la obligación de la Convocada de entregar los predios”* que *“ha dado lugar a que la ejecución de las actividades contractuales se haya hecho significativamente más costosa”* (hechos 3.2.4 y 3.2.5), afectó el corredor férreo por la ola invernal presentada entre Agosto-Diciembre de 2010, *“que sumad[a] a la falta de predios agravó aun más la situación del cumplimiento del plan de obras, para la Convocante. Contingencia que se presentó por el mayor tiempo de exposición a los riesgos, en perjuicio de TDO”* (Hecho 3.2.7), por lo cual debió ejecutar obras de emergencia con mayores costos no atendidos por la ANI según muestran los oficios TDO-003-12 del 24 de enero de 2012, TDO-007-12 del 3 de febrero de

2012, TDO-0008-12 del 1 de febrero de 2012 y TDO-0013-12 del 14 de marzo de 2012.

En este contexto, no obstante la generalidad y abstracción de las expresiones “*incumplimientos graves*” y “*ha incumplido sus obligaciones contractuales*”, los hechos de la demanda arbitral los refieren a la obligación de entrega y saneamiento (Primera y Segunda Pretensiones Declarativas principales, y Primera Subsidiaria de la Segunda Principal)<sup>174</sup>, y como señala con acierto el Agente del Ministerio Público en su concepto, no es admitido un señalamiento abstracto, universal y global de incumplimiento, sino concreto, singular y específico.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> En su alegato de conclusión la Parte Convocante precisa: “...Es claro como para el caso sub-judice, se debate los incumplimientos contractuales en los que FERROVIAS –hoy ANI- incurrió con ocasión al incumplimiento de las obligaciones contenidas en el pliego de condiciones, con el contrato No. 09-CONP-98 suscrito el 18 de diciembre de 1998, con el Otrosí No.3 del 14 de marzo del 2000 al contrato de Concesión, Contrato de Transacción del 31 de julio de 2012 y el Acta No. 57, en tanto la Entidad contratante no cumplió su obligación de hacer entrega de los bienes inmuebles del corredor férreo debidamente y consecuente saneamiento, causando perjuicios a mi poderdante, en cuanto muy a pesar de haberse suscrito el Contrato de Transacción la situación que ocasionara la suscripción del documento continuó presentándose al punto que a la fecha, es decir habiendo transcurrido más de dos años desde la firma de la misma, persiste la situación de incumplimiento, tal como se expuso en numeral 2.3. referente a las pretensiones declarativas del presente documento”.

<sup>175</sup> Dice el procurador: “Respecto de la pretensión primera subsidiaria de la segunda declarativa principal, en la cual se solicita declarar de manera genérica el incumplimiento de la ANI de las obligaciones del contrato de concesión, debe decirse que en esta pretensión ni en su fundamento se indican con claridad a cuales obligaciones contractuales se refiere el demandante, en la medida en que está redactada en términos generales e imprecisos y no se indica sobre cuales prestaciones debe dirigirse el examen comportamental contractual de la ANI, pues la única sindicación clara en contra de la demandada es por el incumplimiento de las obligaciones del contrato que tienen que ver con la entrega de algunos predios en el tramo Zaragoza – La Felisa, que se deriva de la interpretación que sobre el parágrafo segundo de la cláusula tercera del contrato de transacción hace la demandante TDO, cuyo incumplimiento se solicita en la primera pretensión declarativa, lo cual entonces, en principio, impide hacer el contraste necesario entre las obligaciones que se pretenden incumplidas (diferentes a la indicada sobre la entrega de predios) y la actuación de la demandada en cuanto a ellas, de donde la generalidad, en nuestro concepto, no tiene cabida, pues la imputación de incumplimiento debe ser precisa de manera que se puedan establecer todos los elementos de la responsabilidad contractual, lo que implica entonces dotar de objeto y contenido la pretensión y alegar y probar los incumplimientos en concreto. En este sentido entonces, el Agente Fiscal estima que la pretensión es incompleta e infundada pues no se dice cuales obligaciones del contrato de concesión incumplió la ANI, lo cual impide al H. Tribunal verificar entonces en general el cumplimiento o incumplimiento de todas las prestaciones a cargo de la ANI, sino se indicaron específicamente en la demanda, de donde por ese motivo, respetando la condición de ser subsidiaria de la segunda pretensión declarativa, la pretensión primera subsidiaria deberá ser desestimada”.



En *gracia de discusión*, entendiéndose de una interpretación sistemática e integral de que la segunda pretensión declarativa principal, y en su caso, la primera subsidiaria a la misma, imputa un incumplimiento diferente a la obligación de entrega y saneamiento de los predios, en particular, la falta de atención de las obras de emergencia ocasionadas por la ola invernal<sup>176</sup>, tal aspecto tampoco tiene vocación de prosperidad de conformidad con las pruebas existentes en el proceso, pues entendida la ola invernal como una causa extraña sobrevenida, al tenor de la cláusula 67 del Contrato de Concesión, para que el riesgo se comparta, el Concesionario debía adelantar las obras de mitigación razonables, y según informe de interventoría, no se realizaron.<sup>177</sup> Así lo advierte el Ministerio Público en su concepto, por lo cual, prospera la excepción de inexistencia de incumplimiento al respecto.<sup>178</sup>

<sup>176</sup> En el alegato de conclusión, indica: "...las razones que dieron lugar a la terminación anticipada: (i) No hacer entrega del corredor saneado, específicamente el trayecto Cartago – La Felisa, en los términos del Acuerdo de Transacción del 31 de Julio de 2002 que suscribiera TDO con la entonces FERROVIAS, y, (ii) Incumplimiento en la entrega de los predios necesarios para la construcción de la variante denominada Cartago y la entrega parcial por parte de la demandada de los predios necesarios para la construcción de la variante de Caimalito; (iii) Ante una gestión ineficiente e ineficaz de parte de la demandada frente a la OLA INVERNAL del 2010-2011, referente a la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de la red pacífica" y también señala: "...es claro como al tratarse de la no entrega de los bienes objeto del Acuerdo de Transacción suscrito entre el entonces FERROVIAS con TDO, al no saneamiento y a la no atención de las obras de emergencia, correlativamente resulta procedente el reconocimiento y pago de los gastos e inversiones en infraestructura, mejoras al corredor férreo con recursos propios (de TDO) en las actividades en el corredor Zaragoza – La Felisa, por ejemplo lo relativo a los nuevos arneses de carrilera - reprocesos -, El puente provisional del Río Chinchiná, reubicación de acueductos verdales como en Irra, Beltrán y Arauca, la Asistencia técnica y control de calidad cuando el plan de obras ya no lo cubría, entre otros".

<sup>177</sup> Dice la interventoría: "Para las obras contempladas dentro de las actividades Preliminares, se autorizaron los desembolsos 719 y 720 del 26 de mayo de 2004, esto es, mucho antes de la ola invernal que se presentó en los años 2010 y 2011. Es de anotar que de las 59 obras previstas por ustedes, 24 fueron eliminadas o no se tuvieron en cuenta para su construcción, 26 fueron terminadas faltando una por legalizar, 4 obras se intervinieron pero no se terminaron y 5 obras más que nunca se iniciaron, con lo cual no solo se demuestra que se tramitaron aportes del Estado para su cabal realización de acuerdo con la programación definida, sino que **Tren de Occidente incumplió con sus obligaciones y compromisos contractuales, y que a pesar de contar con la liquidez requerida, no hubo la ejecución comprometida**". (negrilla y subraya fuera del texto original).

<sup>178</sup> "Ahora bien, en lo relativo a la mitigación de la ola invernal, el Ministerio Público recalca lo manifestado anteriormente sobre este punto, en relación a que se encuentra probado que el contratista no ejecutó las labores necesarias para aminorar los efectos de la ola invernal ocurrida en los años 2010 y 2011, lo que implica la imposibilidad de declarar el incumplimiento de su contraparte contractual y la asunción del riesgo en su integridad por parte del concesionario tal y como lo dispone la cláusula 67 del contrato de concesión. Adicionalmente, varias de las obras a las que estaba obligado el contratista no fueron afectadas por la ola invernal y sin embargo Tren de Occidente no las efectuó o no las realizó en tiempo".

Para el Tribunal, las excepciones denominadas de “transacción” e “inexistencia de incumplimiento” de la obligación de entregar los predios y del saneamiento, y en gracia de discusión, de la falta de atención de las obras de emergencia, por lo señalado en precedencia, tienen efectos absolutos sobre la totalidad de las pretensiones declarativas, y las de condena.

En efecto, la falta de prosperidad de la pretensión relativa al incumplimiento de la obligación de entregar y saneamiento de los predios necesarios para la ejecución de las actividades de reconstrucción, rehabilitación y construcción del corredor Zaragoza-La Felisa, determina que no prosperen todas las demás pretensiones, por cuanto de dichos incumplimientos graves, se pide que se declare que la Convocada dio lugar a la terminación anticipada del contrato, y en consecuencia, debe indemnizar perjuicios y ser condenada a pagarlos, o caso de no declararse la terminación que, al incumplir tales obligaciones, debe imponérsele una multa. Aún si pudiere entenderse formulado un incumplimiento por la falta de atención de las obras de emergencia durante la ola invernal, las razones expuestas conducen a denegarlo.

Al prosperar las expresadas excepciones que enervan en su totalidad las pretensiones incoadas, no es menester abordar la excepción de contrato no cumplido, interpuesta para atacar la pretensión declarativa de incumplimiento de la obligación de entregar los predios.

Por lo anterior, el Tribunal, en respeto de la congruencia de la sentencia, no se ocupa de las restantes excepciones<sup>179</sup>, ni del alcance de la obligación de entregar y de saneamiento de los predios en el cumplimiento o incumplimiento

---

<sup>179</sup> El artículo 282 de la Ley 1564 de 2012, C.G.P. en lo pertinente, dispone: “**Artículo 282. Resolución sobre excepciones.** [...] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes”. El C. de P.C., artículo 306:[...] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes”.

del Plan de Obras de Rehabilitación- Construcción del Tramo Zaragoza-La Felisa, esto es, de las condiciones en que debe hacerse su entrega y saneamiento para ejecutar las actividades y labores indicadas en el mismo, pues la no prosperidad de las pretensiones deriva de lo estipulado en el contrato de “transacción” en torno al plazo, indeterminado pero determinable, para entregar dichas áreas.

Además, en cuanto a los presuntos incumplimientos del Concesionario, en relación con el Plan de Obras de Rehabilitación-Construcción del Tramo Zaragoza-La Felisa – no así los presuntos incumplimientos relativos a la obligación de entrega de predios –,aquéllos fueron objeto de actos administrativos contractuales proferidos por la entidad concedente<sup>180</sup>, cuya legalidad según se desprende de las manifestaciones de las partes en sus alegatos de conclusión, está siendo conocida por la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual este Tribunal no tiene por qué incursionar en el estudio de dichos incumplimientos.

Tampoco, se observa otro hecho de aquellos que la ley impone el deber de declarar oficiosamente.

## **V. LAS “OBSERVACIONES” AL JURAMENTO ESTIMATORIO**

En la demanda y para efectos de dar cumplimiento a lo preceptuado en materia de juramento estimatorio, la Parte Convocante estimó la cuantía de sus pretensiones.

---

<sup>180</sup> Específicamente la Resolución 385 del 14 de septiembre de 2010 que impuso una multa al CONCESIONARIO y la Resolución 508 del 1 de diciembre de 2010 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquélla, esta última que es la única que obra en el expediente. Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 76 a 114.

La Parte Convocada, si bien no formuló expresamente una objeción, presentó observaciones que, al comportar un disenso absoluto a su pertinencia y, por lo tanto, a su estimación, el Tribunal lo tendrá como tal.

El ordenamiento jurídico instituye el juramento estimatorio para servir como medio de prueba, y permitir al fallador tener como establecido el monto jurado por quien lo realiza<sup>181</sup>, de manera que si no es objeto de censura a través de la objeción expresa que debe provenir de la otra parte, caso de que deba imponerse alguna condena por “indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”, su monto será la cifra jurada y no objetada, debido a que las partes, la una al estimarlo y la otra al no objetarlo, ponen en evidencia la aceptación de la respectiva cantidad.<sup>182</sup> En situación como la anterior, el juez en línea de principio no está facultado para desconocer los alcances probatorios del juramento estimatorio, salvo que “*considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión*”, eventos en los que puede ordenar pruebas de oficio<sup>183</sup> y en caso de resultar infundado se impondrán las sanciones de rigor, circunstancias que en el presente caso y atendidas las calidades de las partes y de sus apoderados, ni por asomo se presenta.

En efecto, el Tribunal no encuentra ligereza en la estimación de la cuantía de las pretensiones de la demanda y mucho menos advierte fraude, colusión, falta de diligencia o cuidado en la actuación de la parte o su apoderado, y por consiguiente, no hay lugar a consecuencia adversa alguna (Sentencia C-157 de 2013; y C-279 y C-332 de 2013).

---

<sup>181</sup> Es lo usual que quien jure sea el demandante. No obstante, en el evento de solicitar mejoras o frutos, bien puede ser la parte demandada el llamado a hacerlo

<sup>182</sup> No objetar el juramento tiene como consecuencia tener como probado el monto, pero no conlleva que se admita la responsabilidad, cuyos elementos deben ser probados.

<sup>183</sup> El art. 206 del CGP indica, en forma similar al art. 211 anterior, “si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.”

## VI. COSTAS

Para el Tribunal, la actuación de las partes y de sus apoderados en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada.

La Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente a partir de 2 de julio de 2012, y aplicable a este trámite por su iniciación posterior (art. 308, *ibidem*), dispone:

**“ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

En providencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 25 de junio de 2014, Rad. 25000233600020120039501 (IJ), *“la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición que se explicará en el acápite a continuación, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite”.*

Por lo tanto, la referencia del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 al Código de Procedimiento Civil se entiende respecto de los asuntos que, de acuerdo al régimen de transición contemplado en el artículo el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012<sup>184</sup>, se gobiernen por el mismo, precepto del cual según la citada

---

<sup>184</sup> “Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así: “Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren

providencia del Consejo de Estado, se desprenden las siguientes consecuencias: *“a) que las normas procesales prevalecen sobre las anteriores desde su entrada en vigencia, y b) que no obstante la regla general anterior, existen unas excepciones que permiten aplicar la norma derogada –pero vigente al momento de la actuación, petición o solicitud– de manera ultraactiva para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo”.*

Por cuanto la condena en costas no concierne a ninguna de estas situaciones, deviene clara la aplicación del Código General del Proceso que de acuerdo con la decisión del Consejo de Estado está vigente en la jurisdicción contenciosa y arbitral en los asuntos contenciosos a partir del 1º de enero de 2014, y en consecuencia, lo allí previsto en materia de costas, artículos 361 y siguientes

En consecuencia, se liquidan las costas así:

Como ha quedado expuesto, no prosperarán las pretensiones de la demanda. Por lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso se impone la condena en costas a la Parte Convocante. En consecuencia, ésta deberá pagar a la parte Convocada las agencias en derecho, que el Tribunal, teniendo como base los honorarios de un árbitro, fija en la suma de \$589.500.000. No hay lugar a disponer condena adicional porque los gastos y honorarios de los peritos fueron asumidos por la Parte Convocante y porque los gastos y honorarios del Tribunal también fueron asumidos por **TREN DE OCCIDENTE S.A.** No obstante, en caso de que este

---

comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones. La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

último valor hubiere sido reembolsado por la Convocada a la Convocante, ésta deberá proceder a su reintegro.

En conclusión, por concepto de costas, incluida la partida de agencias en derecho, la Parte Convocante deberá pagar a la Convocada la suma de \$589.500.000.

Finalmente, los excedentes no utilizados de la partida de gastos, si los hubiera, serán reembolsados por el Presidente del Tribunal a la parte Convocante, quien los suministró, sin perjuicio de lo dispuesto en la parte final del antepenúltimo párrafo.

### **3º PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, por una parte, y por la otra, **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-** administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar infundada la tacha formulada al testigo Marco Amaya Álvarez, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Declarar no probadas las excepciones denominadas “**INEXISTENCIA DE CLÁUSULA ARBITRAL ENTRE LA SOCIEDAD CONVOCANTE Y LA ENTIDAD CONVOCADA**”, “**FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA DE LA SOCIEDAD CONVOCANTE**” y “**FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO, POR SUBSISTIR UN VÍNCULO**”

**SUSTANCIAL Y CONTRACTUAL ENTRE EL CONCESIONARIO CEDENTE TREN DE OCCIDENTE S.A. Y EL CONCESIONARIO CESIONARIO FERROCARRIL DEL OESTE S.A.”** interpuestas por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-**, según las consideraciones motivadas.

Declarar probadas las denominadas excepciones **“DE TRANSACCIÓN”** e **“INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO”**, formuladas por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-**, las cuales prosperan en el sentido y con los alcances expuestos en la parte motiva, sin lugar a pronunciamiento sobre la denominada **“CONTRATO NO CUMPLIDO”** ni sobre la **“GENÉRICA”** según las consideraciones.

**TERCERO:** Denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda arbitral instaurada por **TREN DE OCCIDENTE S.A.** contra la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-** por las razones expuestas en la parte motiva.

**CUARTO:** Condenar a **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, a pagar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-** la suma de quinientos ochenta y nueve millones quinientos mil pesos (\$589.500.000) moneda corriente, a título de costas.

**QUINTO:** Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal.

**SEXTO:** Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentarle a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar a la parte Convocante, sin perjuicio de lo señalado en el Capítulo VI “Costas” de las consideraciones del laudo.



**SÉPTIMO:** Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Esta providencia quedó notificada en Audiencia.

**ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUE**

*Presidente*

**WILLIAM NAMÉN VARGAS**

*Árbitro*

**EDUARDO SILVA ROMERO**

*Árbitro*

**ROBERTO AGUILAR DIAZ**

*Secretario*