TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. - CABG

CONTRA

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, HOY AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Expediente No. 2121

I. ANTECEDENTES 12
1. PARTES Y REPRESENTANTES 12
A. Parte Convocante y Convocada 12
B. Llamados en garantía 13
2. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS 14
3. EL PACTO ARBITRAL 14
4. EL TRÁMITE DEL PROCESO 16
A. La demanda arbitral 16
B. Nombramiento de los árbitros 17
C. Instalación del Tribunal de Arbitramento y notificación de la demanda. 17
D. Contestación de la demanda, Demanda de Reconvención y Reforma de la Demanda 18
E. Reforma de la demanda de reconvención y llamamientos en garantía. 19
F. Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios 22
G. Intervención del Ministerio Público 23
H. Primera Audiencia de Trámite 23
I. Pruebas del trámite arbitral 24
J. Alegatos de Conclusión 35
5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO 36
II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA 38
1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA 38
2. LOS HECHOS DE LA DEMANDA 43
3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA 43
4. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA 44
5. LOS HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA .. 58
6. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA 58
7. LOS LLAMIENTOS EN GARANTÍA 60
A. Llamamiento en garantía a CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES 60
B. Llamamiento en garantía a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. 61
III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO 62
1. CAPACIDAD 62
2. INEPTA DEMANDA 63
A. Falta de requisitos formales 63
i. Posición de la demandada 63
ii. Posición de la convocante 64
iii. Consideraciones del Tribunal 64
B. Indebida acumulación de pretensiones 66
i. Posición de la parte convocada 66
ii. Posición de la parte convocante 66

iii. Consideraciones del Tribunal 66
3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL 67
A. Competencia del Tribunal para conocer sobre las pretensiones 15, 16 y Declarativas Consecuenciales de la Demanda Arbitral 67
i. Las pretensiones: 67
ii. Posición de la convocada 69
iii. Posición de la Convocante 70
iv. Posición del Ministerio Público 70
v. Consideraciones del Tribunal 71
vi. Conclusión 87
4. OBJECIONES POR ERROR GRAVE 87
A. Marco general para decidir las objeciones 87
B. Sobre la objeción parcial por error grave formulada por la CABG en contra del dictamen pericial técnico rendido por Ingeniero Héctor Parra Ferro. 93
i. Causal de objeción No. 1 – Respuesta referida al interrogante 1A 93
ii. Causal de objeción No. 2 – Respuesta referida al interrogante 1A 94
iii. Causales de objeción No. 3 y 4 – Respuesta referida al interrogante 1A 96
iv. Causal de objeción No. 5 – Respuesta referida al interrogante 2A ... 96
v. Causal de objeción No. 6 – Respuesta referida al interrogante 2A 97
vi. Causal de objeción No. 7 – Respuesta referida al interrogante 2A ... 98
vii. Causal de objeción No. 8 – Respuesta referida al interrogante 2A . 100
viii. Causal de objeción No. 9 – Respuesta referida al interrogante 2A . 102
ix. Causal de objeción No. 10 – Respuesta referida al interrogante 2A 103
x. Causal de objeción No. 11 – Respuesta referida al interrogante 2A 104
xi. Causal de objeción No. 12 – Respuesta referida al interrogante 3A 105
xii. Causal de objeción No. 13 – Respuesta referida al interrogante 3A 105
xiii. Causal de objeción No. 14 – Respuesta referida al interrogante 3A 107
xiv. Causal de objeción No. 15 – Respuesta referida al interrogante 3A 109
xv. Causales de objeción No. 16, 17, 18 y 19 – Respuesta referida al interrogante 3A 110
xvi. Causal de objeción No. 20 – Respuesta referida al interrogante 3A 111
xvii. Causal de objeción No. 21 – Respuesta referida al interrogante 3A 113
xviii. Causal de objeción No. 22 – Respuesta referida al interrogante 4A 115
xix. Causal de objeción No. 23 – Respuesta referida al interrogante 4A 115
xx. Causal de objeción No. 24 – Respuesta referida al interrogante 4A 117
xxi. Causal de objeción No. 25 – Respuesta referida al interrogante 4A 118
xxii. Causal de objeción No. 26 – Respuesta referida al interrogante 4A 118
xxiii. Causales de objeción No. 27 y 28 – Respuesta referida al interrogante 4A 119

xxiv. Causal de objeción No. 29 – Respuesta referida al interrogante 4A 120
xxv. Causal de objeción No. 30 – Respuesta referida al interrogante 5A121
xxvi. Causal de objeción No. 31 – Respuesta referida al interrogante 5A 122
xxvii. Causal de objeción No. 32 – Respuesta referida al interrogante 5A 122
xxviii. Causal de objeción No. 33 – Respuesta referida al interrogante 6A 123
xxix. Causal de objeción No. 34 – Respuesta referida al interrogante 6A 124
xxx. Causales de objeción No. 35 y 36 – Respuesta referida al interrogante 8A 125
xxxi. Causal de objeción No. 37 – Respuesta referida al interrogante 11A 126
xxxii. Causales de objeción No. 38 y 39 – Respuesta referida al interrogante 11A 127
xxxiii. Causal de objeción No. 40 – Respuesta referida al interrogante 13A 129
xxxiv. Causal de objeción No. 41 – Respuesta referida al interrogante 15A 130
xxxv. Causal de objeción No. 42 – Respuesta referida al interrogante 16A 130
xxxvi. Causal de objeción No. 43 – Respuesta referida al interrogante 17A 131
xxxvii. Causal de objeción No. 44 – Respuesta referida al interrogante 17A 132
xxxviii. Causal de objeción No. 45 – Respuesta referida al interrogante 20A 133
xxxix. Causal de objeción No. 46 – Respuesta referida al interrogante 25A 134
xl. Causal de objeción No. 47 – Respuesta referida al interrogante 25A 135
xli. Causal de objeción No. 48 – Respuesta referida al interrogante 4AA 136
xlii. Causal de objeción No. 49 – Respuesta referida al interrogante 4AA 138
xliii. Causal de objeción No. 50 – Respuesta referida al interrogante I-1C 139
xliv. Causal de objeción No. 51 – Respuesta referida al interrogante I-1C 140

xlv. Causales de objeción No. 52, 53, 55, 56, 57, 58 y 59 – Respuesta referida al interrogante I-1C 141
xlvi. Causal de objeción No. 54 – Respuesta referida al interrogante I-1C 143
xlvii. Causal de objeción No. 60 – Respuesta referida al interrogante I-2C 145
xlviii. Causal de objeción No. 61 – Respuesta referida al interrogante I-2C 146
xlix. Causal de objeción No. 62 – Respuesta referida al interrogante I-7C 147
l. Causal de objeción No. 63 – Respuesta referida al interrogante I-7C 148
li. Causal de objeción No. 64 – Respuesta referida al interrogante I-7C 149
lii. Causal de objeción No. 65 – Respuesta referida al interrogante I-7C 149
liii. Causal de objeción No. 66 – Respuesta referida al interrogante I-7C 150
liv. Causal de objeción No. 67 – Respuesta referida al interrogante II1-C 151
C. Objeción parcial por error grave formulada por la CABG en contra del dictamen pericial contable-financiero rendido por EQUITY BANCA DE INVERSIÓN S.A. 153
i. "Respecto de la no respuesta del perito a algunas preguntas del dictamen original" 153
ii. "Respecto de las preguntas de carácter general realizadas al perito por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ- GIRARDOT" 159
iii. "Respecto de algunas de las preguntas de carácter general realizadas al perito por el INCO y que fueron contestadas con errores graves" 163
D. Objeción parcial por error grave formulada por la CABG en contra del dictamen pericial de avalúos prediales rendido por CÁCERES & FERRO FINCA RAIZ S.A. 172
i. "Incurre en error grave el experticio elaborado por el perito CÁCERES & FERRO, por cuanto dejó de contestar varias de las preguntas de aclaraciones y complementaciones al dictamen, bajo la premisa que "son temas nuevos" 173
ii. "Incurre en error grave el experticio elaborado por el perito CÁCERES & FERRO por errores sustanciales." 180
➢ "POR LAS INCONSISTENCIAS PRESENTADAS EN SU DICTAMEN" 180
➢ "POR LA UTILIZACIÓN ACOMODATICIA DE TÉRMINOS QUE LLEVA A UNA EQUIVOCADA CONCLUSIÓN" 184

➢ "TEMA DE AVALÚOS - UTILIZACIÓN DE UN SISTEMA DE AVALÚOS AJENO AL CONTRATO Y POR "ERRORES" EN LOS RESULTADOS DE DICHOS AVALÚOS" 187
➢ "POR HACER O REALIZAR ANÁLISIS CONCLUSIONES DE OTRAS DISCIPLINAS AJENAS A LA PRUEBAS Y A SU CONOCIMIENTO" 189
➢ "POR ERRORES EN LAS AFIRMACIONES QUE RESULTAN INVOCADAS-AFIRMACIONES TÉCNICAS" 190
➢ "POR FUNDAMENTAR UN SUPUESTO EJERCICIO EN LA EJECUCIÓN DE UNOS ANÁLISIS Y TÉCNICAS INEXISTENTES" .. 191
➢ "POR INDUCIR EN ERROR AL FALLADOR, ESTABLECIENDO RELACIONES INEXISTENTES." 193
➢ "POR RESPONDER CON AFIRMACIONES JURÍDICAS QUE SON AJENAS A SU DISCIPLINA." 194
➢ "POR ERRORES METODOLÓGICOS EN LOS SUSPUESTOS EN LA COMPARACIÓN DE LOS VALORES Y LA REALIDAD DE LA FICHA PREDIAL - EN LA PREGUNTA N° 1." 195
5. LAS EXPERTICIAS DE PARTE 199
Posición de la parte demandante 199
Consideraciones del Tribunal 201
6. MARCO JURÍDICO DE LA CONTROVERSIA 203
A. EL TIPO CONTRACTUAL Y SU RÉGIMEN JURÍDICO 203
B. LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA 208
C. OBLIGACIONES DE GESTIÓN PREDIAL Y ESQUEMA DE RIESGOS EN MATERIA PREDIAL EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN GG-040-2004 216
i. Pretensiones de la Convocante 216
ii. Posición de la Convocante 217
iii. Posición de la Convocada 220
iv. Posición del Ministerio Público 222
v. Consideraciones del Tribunal 225
➢ El riesgo concerniente al costo de los predios 228
➢ El riesgo financiero contemplado en las estipulaciones contractuales referidas a la adquisición de los predios 272
vi. Conclusión 299
D. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN MATERIA DE GESTIÓN PREDIAL (ATRASOS Y RIESGO PREDIAL) 300
i. Pretensiones 300
ii. Posición de la parte convocante 302
iii. Posición de la convocada 307
iv. Consideraciones del Tribunal 309

➢ El cumplimiento por el concesionario de su obligación de gestión predial y los oficios que indica en su pretensión 337
v. Conclusión 347
E. PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE GESTION PREDIAL 347
i. Pretensiones 347
ii. Posición de la parte demandante en reconvención 349
iii. Posición de la demandada en reconvención 350
iv. Consideraciones del Tribunal 351
➢ Los Intereses 371
➢ Sobre la Pretensión Séptima principal de la demanda de reconvención 374
v. Conclusión 375
F. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CIERRE FINANCIERO POR PARTE DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. PACTA SUNT SERVANDA, EL INCO ESTA YENDO CONTRA SUS PROPIOS ACTOS Y MALA FE PROCESAL 376
G. OBLIGACIÓN DE FONDEAR LA SUBCUENTA DE PREDIOS DEL PROYECTO. 378
i. Posición de la parte demandante en reconvención. 378
ii. Posición de la parte demandada en reconvención. 380
iii. Consideraciones del Tribunal. 381
iv. Conclusión del Tribunal 383
H. CONVENIO DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL ENTRE EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-MINDEFENSA- Y EL INCO - TRAYECTO 9 DEL PROYECTO 383
i. Posición de la parte demandante en reconvención. 383
ii. Posición de la parte demandada en reconvención. 385
iii. Consideraciones del Tribunal 385
iv. Conclusión 390
I. CONSTRUCCIÓN DE PUENTES PEATONALES Y PARADEROS 391
i. El marco de la controversia 391
ii. La posición de la entidad pública demandante en reconvención 392
iii. La posición de la parte demandada en reconvención 393
iv. Consideraciones sobre la construcción de los puentes peatonales y de los paraderos del proyecto vial Bosa-Granada-Girardot 394
➢ Los puentes peatonales contemplados en el alcance básico del contrato de concesión No. GG-040-2004 399
➢ Los paraderos contemplados en el alcance básico del contrato de concesión No. GG-040-2004 412
➢ Declaraciones en materia de puentes peatonales y paraderos – Reconocimientos económicos 416

J. COMPENSACIÓN POR LA APLICACIÓN DEL SOPORTE PARCIAL POR RIESGO GEOLÓGICO 418
i. Posición de la parte convocante 418
ii. Posición de la parte convocada 420
iii. Posición del Ministerio Público 422
iv. Cuestión previa 422
v. El denominado Soporte Parcial por Riesgo Geológico pactado en el contrato 423
vi. El reconocimiento y pago de la compensación por activación del Soporte Parcial por Riesgo Geológico 428
vii. La activación del Soporte Parcial por Riesgo Geológico en el marco del contrato de concesión No. GG-040-2004 – Las mayores cantidades de obra ejecutadas para la construcción del Túnel Sumapaz, las resoluciones de reconocimiento de las respectivas compensaciones y los pagos realizados 434
K. ESQUEMA DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS 453
i. Pretensiones 453
ii. Posición de la parte convocante 453
iii. Posición de la demandada 455
iv. Consideraciones del Tribunal 457
v. Conclusión 465
7. LA MEDICIÓN DEL ÍNDICE DE ESTADO DE LA VÍA Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. GG-040-2004 466
La controversia suscitada por las partes 466
La posición de la sociedad convocante 467
La posición de la entidad pública convocada 471
Cuestión previa 472
El Índice de Estado contemplado en las Especificaciones Técnicas del contrato de concesión No. GG-040-2004 473
La metodología definida contractualmente para llevar a cabo la medición del índice de estado de la vía 480
El cumplimiento del índice de estado para el caso concreto – La comunicación Concol No. 01-3001-2010 de 31 de mayo de 2010 489
8. INDEXACIÓN DE LAS TARIFAS DE PEAJE DENTRO DEL MARCO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN GG-040-2004 504
Posición de la parte convocante 505
Posición de la parte convocada 507
Posición de la demandada en reconvención 511
Consideraciones del Tribunal 511
Conclusión 521

9. OBLIGACIONES LABORALES Y PARAFISCALES A CARGO DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA DENTRO DEL MARCO DEL CONTRATO GG-040-2004 521
Pretensiones 521
Posición de la Convocante 526
Posición de la Convocada 529
Posición del Ministerio Público 531
Consideraciones del Tribunal 531
Conclusión 547
10. EL PACTO DE INDEMNIDAD ESTABLECIDO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN GG-040-2004 548
Las pretensiones 548
Posición de la demandante en reconvención 550
Posición de la demandada en reconvención 551
Consideraciones del Tribunal 552
Conclusión 561
11. EVENTUAL CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA A FAVOR DE LA ANI POR VALOR DE $ 20.000'000.000,00, SUMA QUE DEBERÁ SER TRASLADADA A UNA NUEVA SUBCUENTA DEL FIDEICOMISO DENOMINADA "GARANTÍAS DE INDEMNIDAD" 562
Las pretensiones 562
Posición de la parte demandante en reconvención 563
Posición de la parte convocada en reconvención. 564
Consideraciones del Tribunal 564
12. SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL CONTRATO 567
El marco de la Controversia 567
La posición de la parte convocante 568
Posición de la entidad pública convocada 569
Cuestión previa 569
La constitución de la garantía única de cumplimiento para cubrir el amparo de estabilidad y calidad de las obras 570
El amparo de estabilidad y calidad de la obra en el marco del contrato de concesión No. GG-040-2004 – La constitución de las pólizas o garantías correspondientes 574
El amparo de estabilidad y calidad de la obra para los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B 579
El amparo de estabilidad y calidad de la obra para el trayecto 10 583
Sobre el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere las comunicaciones enlistadas en la pretensión 1 declarativa consecuencial. 586
1. Comunicaciones Concol de 10 de mayo de 2009 01-2406-2009 y Concol de 1 de julio de 2009 01-3181-2009 586
2. Comunicación Concol de 6 de agosto de 2009 01-4026-2009 586

3. Comunicación Concol de 21 de septiembre de 2010 01-5414-2010 587
4. Comunicaciones Concol de 21 de junio de 2010 01-3410-2010 y Concol de 27 de noviembre de 2010 01-6290-20090 587
5. Comunicación Concol de 23 de septiembre de 2011 01-5475-2010 588
13. LOS FACTORES MACROECONÓMICOS TENIDOS EN CUENTA PARA LA CELEBRACIÓN DEL OTROSÍ NO. 8 589
El marco de la controversia 589
La posición de la entidad pública demandante en reconvención 589
La posición de la parte demandada en reconvención 590
El Índice de Precios al Consumidor y la Tasa Interna de Retorno contemplados en la modulación financiera del Otrosí No. 8 y en los pagos efectuados mediante el Otrosí No. 15 591
Las variables de la TIR y del IPC contempladas en el esquema financiero del Otrosí No. 8 591
Las TIR y del IPC tenidos en cuenta por el Otrosí No. 15 al efectuar el pago de las obras pactadas en el Otrosí No. 8 597
14. LA DESFINANCIACIÓN DEL PROYECTO VIAL BOSA - GRANADA GIRARDOT EFECTUADA POR EL CONTRATISTA 600
Pretensiones 600
Posición de la demandante en reconvención 601
Posición de la convocada en reconvención 603
Consideraciones del Tribunal 604
Conclusión 643
15. LOS PERJUICIOS POR LOS INCUMPLIMIENTOS DEL CONCESIONARIO 644
Las pretensiones 644
Posición de la convocante en reconvención 645
Posición de la Convocada en reconvención 645
Consideraciones del Tribunal 646
16. DESPLAZAMIENTO DE LAS INVERSIONES (BENEFICIOS FINANCIEROS GENERADOS POR EL DESPLAZAMIENTO DEL CRONOGRAMA DE OBRAS) 651
Las pretensiones 651
Posición de la parte convocante en reconvención 654
Posición de la convocada en reconvención 656
Posición del Ministerio Público 658
Consideraciones del Tribunal 658
17. MODIFICACIÓN DEL PROGRAMA DE OBRA 683
Las pretensiones 683
Posición de la Convocante 684

La posición de la demandada 686
La posición del Ministerio Público 688
Consideraciones del Tribunal 689
Conclusión 704
18. MANTENIMIENTO DE LA COMPOSICIÓN ACCIONARIA DEL CONTRATISTA DURANTE TODO EL TIEMPO DE LA EJECUCIÓN DE PROYECTO 706
Pretensiones 706
Posición de la Convocante en reconvención 706
Posición de la convocada 708
Consideraciones del Tribunal 709
19. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO 736
20. PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA DE LA DEMANDA PRINCIPAL738
21. SOBRE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA PRESENTADOS EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN 738
SEGUREXPO DE COLOMBIA 738
i. Posición de la demandada 738
ii. Posición de la llamada 739
iii. Consideraciones del Tribunal 740
SEGUROS CONDOR 746
i. Posicion de la llamante 746
ii. Posición de la llamada 747
iii. Consideraciones del Tribunal 750
22. JURAMENTO ESTIMATORIO 755
23. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO 759
IV. DECISION 761

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., trece (13) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre la sociedad **CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. – CABG,** como parte convocante y **EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA)**, como parte convocada, relacionadas con el Contrato de Concesión No. GG-040-2004 suscrito el 1 de julio de 2004.

I. ANTECEDENTES

1. PARTES Y REPRESENTANTES

A. Parte Convocante y Convocada

La parte convocante en el presente proceso es la sociedad **CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. (en adelante CABG, la convocante o la demandante)**, sociedad anónima constituida mediante escritura pública No. 3347 del 30 de junio de 2004, otorgada en la Notaría 13 de Bogotá, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por la doctora Luz Mélida Gamboa Mesa, según consta en el certificado de existencia y representación obrante a folios 298 a 301 del Cuaderno Principal No. 13, la cual se encuentra debidamente representada por su apoderada judicial de conformidad con el poder obrante a folios 33 y 188 del Cuaderno Principal No. 1.

La parte convocada es el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES**, hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (en adelante ANI, la convocada o la demandada),** de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4165 de 2011, el cual cambió la naturaleza jurídica y denominación del Instituto Nacional de Concesiones - INCO. Conforme a lo previsto en el artículo 1° del Decreto 4165 de 2011, la ANI es una Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte. La ANI está representada legalmente por el doctor Camilo Mendoza, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.503.446 de Bogotá, en su condición de Gerente de Proyecto o funcional Código G2, Grado 9 Encargado de la Planta del Despacho del Presidente de la

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, nombrado mediante Resolución 326 del 4 de febrero de 2015 y quien conforme al numeral 3° del parágrafo del artículo primero de esta Resolución, tiene las funciones de asumir la representación legal de la entidad para asuntos judiciales. Dicha entidad se encuentra debidamente representada por su apoderado de conformidad con el poder obrante a folio 524 del Cuaderno Principal No. 15. Así mismo durante el proceso intervinieron varios apoderados, según consta en los poderes que obran a folios 188 del Cuaderno Principal No. 2, 17 del Cuaderno Principal No. 10, 173 del Cuaderno Principal No. 10, y 416 del Cuaderno Principal No. 15.

B. Llamados en garantía

La parte convocada llamó en garantía a **CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES,** sociedad que contestó el llamamiento en garantía, consignó el valor de los gastos y honorarios fijados por el Tribunal y en consecuencia se vinculó al proceso en los términos del artículo 150 del Decreto 1818 de 1998. Mediante Resolución No. 2211 de 2013 se ordenó la liquidación forzosa administrativa de esta Compañía de Seguros. Con ocasión de dicha liquidación la póliza no. 300001330 fue cedida a **NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES** quien asumió todos los derechos y obligaciones propios de la condición de asegurador (folios 61 a 63 del Cuaderno Principal 14), y se encuentra representada legalmente por el doctor Diego Aparicio Huertas (folios 57 a 60 del Cuaderno Principal 14). **NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES** se encuentra ha sido debidamente representada por apoderado judicial, de conformidad con los documentos obrantes a folios 56 y 176 del Cuaderno Principal No. 14, y folio 449 del Cuaderno Principal No. 15.

La parte Convocada llamó en garantía a **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO DEL EXTERIOR,** sociedad anónima constituida mediante escritura pública No. 326 del 30 de enero de 1962, otorgada en la Notaría 3 de Bogotá, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por la señora María Juana Herrera Rodríguez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.420.596, en su calidad de representante legal de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., condición que acredita con el poder general que consta en el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio que obra en el expediente a folios 521 y siguientes del Cuaderno Principal No. 7. **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.** contestó el llamamiento en garantía, consignó el valor de los gastos y honorarios fijados por el Tribunal y en consecuencia se vinculó al proceso en los términos del artículo 150 del Decreto 1818 de 1998. **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.**

ha sido debidamente representada por sus apoderados judiciales, principal y sustituto, de acuerdo con el poder visible a folio 46 del Cuaderno Principal No. 7.

2. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del Contrato de Concesión GG-040-2004 de fecha 1 de Julio de 2004; celebrado entre CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. y el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

3. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso se encuentra contenido en la cláusula 60 del Contrato de Concesión GG-040-2004. La cláusula compromisoria en cita es del siguiente tenor[1]:

> *"60.1. Sin perjuicio de lo previsto en la CLÁUSULA 54, CLÁUSULA 55, CLAUSULA 56, CLAUSULA 57 de este Contrato, cualquier diferencia relacionada con la ejecución de este Contrato, asociada a aspectos técnicos de ingeniería, o a aspectos financieros y/o contables, y –en cualquier caso- cuando lo prevea de manera expresa este Contrato-, será resuelta a través del mecanismo de la amigable composición, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, o las normas que los reemplacen, modifiquen o adicionen, por el Amigable Componedor.*
>
> *El **Amigable Componedor** será seleccionado libremente por la parte convocada, entre el listado entregado por la parte convocante antes de la suscripción del **Acta de Inicio de Ejecución**, de conformidad con lo señalado en el numeral 6.3 de la CLAUSULA 6. Al MOMENTO DE EFECTUAR LA AMIGABLE COMPOSICIÓN, el **Amigable Componedor** contará, por lo menos, con un miembro de cada una de las facultades señaladas, en el numeral 6.3 de la CLAUSULA 6.*
>
> *El **Amigable Componedor** no tendrá competencia para modificar las cláusulas del Contrato, aunque sí define aspectos técnicos para interpretarlas de ser necesario, caso en el cual aplicarán las reglas de interpretación de los contratos, previstas en las normas vigentes.*
>
> *(...)*

[1] Folios 195 a 198 del Cuaderno de Pruebas No. 1

60.5. Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, que no sea posible solucionar amigablemente o a través del Amigable Componedor o para la cual este Contrato no prevea mecanismo de solución distintos, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las reglas que adelante se establecen. En caso de discrepancia entre las partes sobre si un determinado asunto deba ser sometido a amigable composición por el Amigable Componedor, o a Tribunal de Arbitramento, será el INCO quien decidirá este punto.

60.5.1. El Arbitraje será institucional.
60.5.2. Las partes acuerdan designar para el efecto al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá

60.5.3. El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, escogidos de común acuerdo por las partes. En caso de desacuerdo serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

60.5.4. Los árbitros decidirán en derecho.

60.5.5. El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1998, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1813 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.

60.5.6. La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento. Tampoco se someterá a arbitramento las controversias sobre la aplicación de las disminuciones a la remuneración del Concesionario establecidas en este Contrato.

60.5.7. Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables.

60.5.8. La intervención del Amigable Componedor o del Tribunal de Arbitramento, no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia".

Las partes mediante Otrosí no. 20 al Contrato de Concesión No. GG-040-2004, modificaron el numeral 60.5.5. de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión, en los siguientes términos[2]:

[2] Folios 146 a 147, Cuaderno Principal No. 1.

"CLÁUSULA PRIMERA: Modificar el numeral 60.5.5. de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión GG-040-2004, el cual quedará de la siguiente manera:

"Cláusula 60.5.5. El Tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1989 y por las demás normas que lo adicionen, modifiquen o reemplacen; con excepción de lo atinente a la fijación de los honorarios del Tribunal que se regulará por lo previsto en el numeral 60.5.9. de la presente cláusula".

CLÁUSULA SEGUNDA: Adicionar a la Cláusula 60 del contrato de Concesión GG-040-2004, el numeral 60.5.9, el cual será del siguiente tenor:

"60.5.9. Valor del proceso arbitral. Los costos del Tribunal de Arbitramento, se fijarán de acuerdo con la siguiente tabla:

Valor Pretensiones	*Tarifas*
De 0 a 6.000.000	*2 SMDLV*
De 6.000.001 a 100.000.000	*10%*
De 100.000.001 a 300.000.000	*5%*
De 300.000.001 a 500.000.000	*4%*
De 500.000.001 a 1000.000.000	*3%*
De 1.000.000.001 a 5.000.000.001	*2,75%*
De 5.000.000.001 a 10.000.000.000	*2,5%*
Más de 10.000.000.001	*2,25%*

En los casos en que se trate de pretensiones de valor indeterminado, la tarifa aplicable será la equivalente a una cuantía de $40.000.000.000.

No obstante lo anterior, en ningún caso, los honorarios de cada uno de los árbitros podrán ser superiores a la suma de TRESCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS ($320.000.000) del año 2010".

4. EL TRÁMITE DEL PROCESO

A. La demanda arbitral

La demanda junto con todos sus anexos fue presentada el 22 de octubre de 2010 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

B. Nombramiento de los árbitros

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en desarrollo de las disposiciones procesales correspondientes y del pacto arbitral invitó a las partes a la reunión de designación de árbitros. Como consta en el escrito que obra a folio 148 del Cuaderno Principal No. 1, el 3 de marzo de 2011, las partes designaron de común acuerdo como árbitros del presente trámite arbitral a los doctores Marcela Monroy Torres, Juan Pablo Cárdenas y Germán Gómez Burgos, quienes aceptaron oportunamente el nombramiento.

El 8 de abril de 2013 la doctora Marcela Monroy Torres presentó renuncia a su cargo como árbitro[3], situación que fue informada a las partes y al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá para la designación de su reemplazo. El 7 de junio de 2013 las partes designaron de común acuerdo como árbitro en reemplazo de la doctora Marcela Monroy Torres al doctor Gabriel Jaime Arango Restrepo[4] a quien el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá le informó sobre su designación. En el término de ley el doctor Gabriel Jaime Arango Restrepo aceptó la designación realizada.

Mediante escrito radicado el 4 de mayo de 2015, el apoderado de la parte convocada recusó al árbitro doctor Gabriel Jaime Arango Restrepo[5]. Surtido el traslado del escrito de recusación presentado y practicadas las pruebas solicitadas, mediante auto del 22 de junio de 2015 (Acta 90), el Tribunal integrado por los árbitros Juan Pablo Cárdenas Mejía y Germán Gómez Burgos negó la recusación formulada[6].

C. Instalación del Tribunal de Arbitramento y notificación de la demanda

El 23 de marzo de 2011 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal, oportunidad en la que se designó a la Doctora Andrea Atuesta Ortiz como Secretaria, quien posteriormente aceptó tal designación y tomó posesión del cargo. Adicionalmente el Tribunal admitió la demanda arbitral, ordenó correr el traslado correspondiente a la parte convocada, reconoció personería jurídica a la apoderada de la parte convocante, y ordenó entregar una copia de la demanda con sus anexos al representante del Ministerio Público. En esa misma audiencia se fijó el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá como sede del Tribunal y de su Secretaría[7]. En esta fecha se hizo entrega al

[3] Folio 500 del Cuaderno Principal No. 9.
[4] Folio 110 del Cuaderno Principal No. 10.
[5] Folio 542 del Cuaderno Principal No. 15.
[6] Folio 605 del Cuaderno Principal No. 15
[7] Folios 177 a 179 del Cuaderno Principal No. 1.

señor Agente del Ministerio Público de una copia de la demanda con sus anexos.

La notificación personal del auto admisorio a la parte convocada, junto con el traslado correspondiente con entrega de copia de la providencia notificada, de la demanda y de sus anexos, se surtió 30 de marzo de 2011[8].

D. Contestación de la demanda, Demanda de Reconvención y Reforma de la Demanda

El 13 de mayo de 2011, la parte convocada contestó oportunamente la demanda, aceptando algunos hechos, negando otros, pronunciándose sobre las pretensiones y formulando excepciones de mérito. Acompañó documentos como prueba y solicitó el decreto y práctica de otras. Adicionalmente presentó demanda de reconvención[9].

Mediante auto del 19 de mayo de 2011 (Acta No. 3), se reconoció personería al apoderado de la parte convocada, se inadmitió la demanda de reconvención y se le concedió a la parte convocada un término de 5 días para subsanarla[10]. El 27 de mayo de 2011, la parte convocada subsanó oportunamente la demanda de reconvención[11].

Mediante auto del 2 de junio de 2011 (Acta No. 4), el Tribunal admitió la demanda de reconvención y ordenó correr traslado de la misma[12]. Este auto fue recurrido por la parte convocante; surtido el traslado del mismo, mediante auto del 16 de junio de 2011 (Acta No. 5) notificado el 17 de junio de 2011, el Tribunal confirmó la providencia recurrida[13].

El 5 de julio de 2011, estando dentro del término, la parte convocante contestó la demanda de reconvención, aceptando algunos hechos, negando otros, pronunciándose sobre las pretensiones y formulando excepciones de mérito. Acompañó documentos como prueba y solicitó el decreto y práctica de otras[14].

Surtido el traslado de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención, la parte convocante emitió su respectivo pronunciamiento y solicitó pruebas adicionales;

[8] Folio 189 del Cuaderno Principal No. 1.
[9] Folios 1 y ss del Cuaderno Principal No. 2.
[10] Folios 189 a 191 del Cuaderno Principal No. 2.
[11] Folios 203 a 209 del Cuaderno Principal No. 2.
[12] Folios 210 a 211 del Cuaderno Principal No. 2.
[13] Folios 247 a 256 del Cuaderno Principal No. 2.
[14] Folios 269 y ss del Cuaderno Principal No. 2.

la parte convocada no emitió pronunciamiento alguno[15].

El 25 de agosto de 2011 la parte convocante presentó reforma de la demanda arbitral[16], la cual fue admitida mediante auto proferido el 1 de septiembre de 2011 (Acta No. 8), en el que adicionalmente se ordenó correr el traslado correspondiente y se señaló fecha para la celebración de la Audiencia de Conciliación[17].

De manera oportuna la parte convocada contestó la reforma de la demanda, aceptando algunos hechos, negando otros, oponiéndose a las pretensiones, formulando excepciones de mérito, escrito al que acompañó documentos como prueba y solicitó el decreto y práctica de otras[18].

Surtido el traslado de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la reforma de la demanda, la parte convocante replicó dichos medios exceptivos y solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales[19].

E. Reforma de la demanda de reconvención y llamamientos en garantía

El 1 de diciembre de 2011, la parte convocada presentó reforma a la demanda de reconvención, y acompañó a la misma los llamamientos en garantía a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., y a SEGUROS CONDOR S.A.[20]

Mediante auto del 1 de diciembre de 2011 (Acta No. 11), notificado en estrados a los apoderados de las partes y al Señor Agente del Ministerio Público, el Tribunal admitió la reforma a la demanda de reconvención presentada por la parte convocada, y se corrió traslado de la misma a la parte convocante[21].

El 6 de diciembre de 2011, la apoderada de la parte convocante presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la reforma a la demanda de reconvención, el cual fue fijado en lista el 7 de diciembre de 2011[22]. Mediante escritos radicados el 12 de diciembre de 2011, la parte convocada y el señor Agente del Ministerio Público se pronunciaron frente el recurso de reposición

[15] Folios 459 a 545 del Cuaderno Principal No. 2.
[16] Folios 1 y ss del Cuaderno Principal No. 3.
[17] Folios 307 a 308 del Cuaderno Principal No. 3.
[18] Folios 316 y ss. del Cuaderno Principal No. 3.
[19] Folios 491 a 609 del Cuaderno Principal No. 3
[20] Folios 22 y ss. del Cuaderno Principal No. 4.
[21] Folios 108 a 111 del Cuaderno Principal No. 4.
[22] Folios 112 a 138 del Cuaderno Principal No. 4.

presentado por la parte convocante[23].

Mediante auto del 13 de diciembre de 2011 (Acta No. 12), el Tribunal rechazó el recurso de reposición presentado por la parte convocante contra el auto admisorio de la reforma de la demanda de reconvención, y corrió traslado a la parte convocante y al señor Agente del Ministerio Público de la solicitud presentada por la parte convocada relativa a que se declarase la falta de contestación de la reforma de la demanda de reconvención[24]. Sobre la solicitud de la convocada, se pronunció el señor Agente del Ministerio Público en escrito radicado el 16 de diciembre de 2011, y la apoderada de la parte convocante en escrito radicado el 19 de diciembre de 2011[25].

El 19 de diciembre de 2011, la parte convocante presentó la contestación a la reforma a la demanda de reconvención[26]. Mediante auto del 24 de enero de 2012 (Acta No. 13), el Tribunal resolvió tener por no presentada oportunamente la contestación a la reforma de la demanda de reconvención[27].

Mediante auto del 10 de febrero de 2012 (Acta No. 14), el Tribunal inadmitió los llamamientos en garantía formulados por la parte convocada, y le concedió un término de 5 días para su corrección[28]. Los llamamientos en garantía fueron subsanados oportunamente por la parte convocada[29].

El 14 de febrero de 2012, la parte convocante presentó un escrito en el que solicitó se decretara la nulidad de todo lo actuado a partir del 1 de diciembre de 2011[30], el cual fue puesto en conocimiento de la parte convocada y del señor Agente del Ministerio Público mediante auto del 21 de febrero de 2012 (Acta No. 15)[31]. El apoderado de la parte convocada se opuso a la solicitud de nulidad presentada por la parte convocante[32].

El 28 de febrero de 2012, la parte convocante presentó una solicitud de aclaración del auto del 21 de febrero de 2012[33]. Mediante auto del 29 de febrero de 2012 (Acta No. 16), se rechazó por extemporánea la solicitud de aclaración

[23] Folios 147 a 157 del Cuaderno Principal No. 4.
[24] Folios 158 a 172 del Cuaderno Principal No. 4.
[25] Folios 180 a 201 del Cuaderno Principal No. 4.
[26] Folios 202 a 450 del Cuaderno Principal No. 4.
[27] Folios 310 a 316 del Cuaderno Principal No. 5.
[28] Folios 325 a 328 del Cuaderno Principal No. 5.
[29] Folios 368 a 538 del Cuaderno Principal No. 5.
[30] Folios 336 a 366 del Cuaderno Principal No. 5.
[31] Folios 539 a 540 del Cuaderno Principal No. 5.
[32] Folios 559 a 570 del Cuaderno Principal No. 5.
[33] Folios 545 a 547 del Cuaderno Principal No. 5.

presentada por la parte convocante y se advirtió que el objeto de la audiencia del 9 de marzo de 2012 no era la primera audiencia de trámite[34].

El 6 de marzo de 2012, la parte convocante presentó una solicitud adicional de nulidad[35], la cual fue puesta en conocimiento de la parte convocada y del señor Agente del Ministerio Público mediante auto del 8 de marzo de 2012 (Acta No. 17)[36]. El apoderado de la parte convocada se opuso a la solicitud adicional de nulidad presentada por la parte convocante[37].

En audiencia que tuvo lugar el 10 de abril de 2012 (Acta No. 20), el Tribunal negó las solicitudes de nulidad presentadas por la apoderada de la parte convocante. Adicionalmente, en dicha audiencia, el Tribunal admitió los llamamientos en garantía presentados por la parte convocada, ordenó citar a los llamados en garantía, en los términos del artículo 150 del Decreto 1818 de 1998 fijó la suma a cargo de cada uno de los llamados en garantía por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, y decretó la suspensión del proceso hasta que se cite a los llamados en garantía[38].

Por Secretaría se procedió a citar a los llamados en garantía a notificación personal. Dado que ninguno de los llamados en garantía compareció a notificarse personalmente en el término dispuesto en el artículo 315 del CPC, se procedió a notificar a los llamados en garantía por aviso en los términos del artículo 320 del CPC.

El 9 de mayo de 2012 SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES contestaron oportunamente el llamamiento en garantía y propusieron excepciones de mérito, y el 11 de mayo de 2012 SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, pagaron cada uno la suma fijada por el Tribunal por concepto de gastos y honorarios del mismo[39].

El 23 de mayo de 2012 SEGUROS GENERALES SURAMEICANA S.A. presentó un escrito en el que manifestó que dicha sociedad se abstenía de adherirse al pacto arbitral[40].

[34] Folios 548 a 550 del Cuaderno Principal No. 5.
[35] Folios 571 a 596 del Cuaderno Principal No. 5.
[36] Folios 598 a 599 del Cuaderno Principal No. 5.
[37] Folios 617 a 625 del Cuaderno Principal No. 5.
[38] Folios 1 a 25 del Cuaderno Principal No. 6.
[39] Folios 1 a 81 del Cuaderno Principal No. 7.
[40] Folio 425 del Cuaderno Principal No. 7.

Mediante auto del 13 de junio de 2012 (Acta No. 21), el Tribunal resolvió reconocer personería para actuar en el proceso a los apoderados de los llamados en garantía SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. Adicionalmente, en los términos del artículo 150 del Decreto 1818 de 1998, el Tribunal resolvió vincular al proceso a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS como llamados en garantía, y señaló que el proceso continuaría sin la intervención de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Igualmente en dicha providencia se corrió traslado de los escritos de contestación de los llamamientos en garantía en los que se propusieron excepciones de mérito, se precisó la distribución de los honorarios y gastos pagados por los llamados en garantía, se fijó la fecha para llevar a cabo la Audiencia de Conciliación con la intervención de los llamados en garantía, y se fijó la fecha para llevar a cabo la primera audiencia de trámite[41].

El 21 de junio de 2012, los apoderados de la parte convocante y convocada respectivamente, presentaron escritos en los que se pronunciaron sobre las excepciones de mérito presentadas por los llamados en garantía[42].

F. Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios

La audiencia de conciliación, se llevó a cabo inicialmente el día 10 de septiembre de 2011 (Acta No. 9), oportunidad en la que el Tribunal instó a las partes a llegar a un acuerdo directo, lo cual no se logró por cuanto éstas manifestaron que en este momento procesal no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio, por falta de elementos probatorios económicos y materiales para lograr los acercamientos correspondientes. Por lo anterior el Tribunal declaró fracasada la audiencia de conciliación y fijó el monto de los honorarios y gastos del trámite arbitral, los cuales fueron consignados, de forma oportuna, por la parte convocante y convocada[43].

Una vez vinculados los llamados en garantía, mediante auto del 13 de junio de 2012 (Acta No. 21), se fijó nuevamente fecha para la realización de la Audiencia de Conciliación con la intervención de los llamados en garantía. Esta Audiencia de conciliación con la intervención de los llamados en garantía vinculados al trámite se inició el 25 de junio de 2012 (Acta No. 22). En atención a la manifestación realizada por los apoderados de las partes en el sentido que habían llegado a un acuerdo conciliatorio parcial, la Audiencia fue suspendida

[41] Folios 431 del Cuaderno Principal No. 7.
[42] Folios 438 a 514 del Cuaderno Principal No. 7.
[43] Folios 610 a 625 del Cuaderno Principal No. 3.

para continuarla posteriormente[44]. El 10 de septiembre de 2012 se continuó con la Audiencia de Conciliación, la cual se declaró fracasada (Acta No. 26)[45].

G. Intervención del Ministerio Público

En el presente trámite arbitral, intervino inicialmente como Agente del Ministerio Público el doctor José Pablo Durán Gómez[46]. El 25 de octubre de 2011, el doctor Carlos Alberto Bohórquez, en su condición de Procurador 136 Judicial II Administrativo, informó al Tribunal que había sido designado Agente Especial para intervenir en este trámite como representante del Ministerio Público[47].

Posteriormente fue designada como Agente del Ministerio Público para intervenir en este trámite la doctora Myriam Stella Ortiz Quintero, en su condición de Procuradora 136 Judicial II Administrativo, quien rindió el concepto correspondiente[48].

H. Primera Audiencia de Trámite

El 10 de septiembre de 2012 se inició la Primera Audiencia de Trámite (Acta No. 26), en la que, luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal, asumió competencia para tramitar y decidir el litigio sometido a su conocimiento[49]. La parte convocada interpuso recurso de reposición parcial contra esta providencia; surtido el traslado del mismo en la Audiencia, el Tribunal suspendió la Primera Audiencia de Trámite y fijó la fecha para continuarla. El 14 de septiembre de 2012 (Acta No. 27), continuó la Primera Audiencia de Trámite, en la cual el Tribunal resolvió confirmar la decisión contenida en el Auto de Competencia del 10 de septiembre de 2012. Adicionalmente aclaró que el Tribunal se declaraba competente para conocer las controversias planteadas sin perjuicio de lo que se decidiera en el laudo, en los términos y con las restricciones contenidas en la cláusula compromisoria[50].

En esta misma audiencia, siguiendo el trámite previsto en la Ley, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda arbitral, su reforma, en la contestación a la demanda y su reforma, en la demanda de reconvención, y su contestación, en la reforma de la demanda de reconvención, en los

[44] Folios 515 a 520 del Cuaderno Principal No. 7.
[45] Folios 313 a 317 del Cuaderno Principal No. 8.
[46] Folio 630 del Cuaderno Principal No. 3.
[47] Folio 16 del Cuaderno Principal No. 4.
[48] Folios 11 a 46 del Cuaderno Principal No. 18.
[49] Folios 317 a 338 del Cuaderno Principal No. 8.
[50] Folios 354 a 388 del Cuaderno Principal No. 8.

llamamientos en garantía y la contestación a los mismos, y en los escritos presentados por las partes que descorren el traslado de las excepciones planteadas. Adicionalmente, al amparo de lo previsto en el artículo 180 del C.P.C. decretó algunas pruebas de oficio y se dio por terminada la Primera Audiencia de Trámite[51].

I. Pruebas del trámite arbitral

Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

Documentales:

Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor que la ley les asigna: (i) los documentos aportados por la parte convocante junto con la demanda arbitral, la demanda arbitral reformada, la contestación a la demanda de reconvención, el escrito mediante el cual se descorrió el traslado de las excepciones presentadas por la parte convocada en la contestación a la demanda arbitral, el escrito mediante el cual se descorrió el traslado de las excepciones presentadas por la parte convocada en la contestación a la demanda arbitral reformada, el concepto técnico de la firma MAB Ingenieros Consultores aportado por la parte convocante con el escrito que descorrió el traslado de las excepciones propuestas por SEGUREXPO DE COLOMBIA y los documentos aportados como prueba de las objeciones presentadas a los dictámenes técnico y financiero; (ii) los documentos aportados por la parte convocada junto con la contestación a la demanda, la contestación a la reforma de la demanda, la demanda de reconvención, la reforma a la demanda de reconvención, y con los llamamientos en garantía realizados a Segurexpo de Colombia S.A., Seguros Generales Suramericana S.A., Seguros Cóndor S.A.; y (iii) los documentos aportados por Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales correspondientes a las condiciones generales de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales. Estos documentos se incorporaron al expediente y obran en los Cuadernos de Pruebas 1 a 26 y 97[52].

Adicionalmente al expediente se incorporaron los documentos aportados por los testigos: Vanessa Betancourt Pereira[53], Francisco Orlando Garavito[54], Ana Milena Medina[55], Julio Enrique Torres[56], Diego Fausto Venegas[57], Clara Eugenia

[51] Folios 354 a 388 del Cuaderno Principal No. 8.
[52] Folios 81 a 300.
[53] Cuaderno de Pruebas No. 31, folios 199 a 219.
[54] Cuaderno de Pruebas No. 31, folios 220 a 269.
[55] Cuaderno de Pruebas No. 31, folios 270 a 279.
[56] Cuaderno de pruebas No. 31, folios 280 a 384.

Salazar[58], Miguel Ángel Botero[59], Jhon Jairo Marín[60]; y los documentos aportados por la representante de la CABG en el interrogatorio de parte[61].

Experticios

Se ordenó tener como prueba con el valor que la ley le asigna los siguientes experticios:

Experticio elaborado por el Ingeniero Luis Ernesto Escobar Neuman respecto del desarrollo que ha tenido la gestión predial del proyecto en el Contrato de Concesión, incluyendo su financiación, y la controversia que se ha desatado en torno al Índice de Estado de la Vía, aportado por la parte convocante junto con la demanda arbitral reformada, el cual obra en el Cuaderno de Pruebas No. 18 folios 144 a 442.

Experticio elaborado por la dra. María Mercedes Prado en el que se hace un estudio de los hechos económicos del Contrato de Concesión, de la estructura financiera de la Concesión y de la responsabilidad del Concesionario en los términos contractuales, aportado por la parte convocante junto con la demanda arbitral reformada, el cual obra en el Cuaderno de Pruebas No. 18 folios 2 a 143.

Experticio financiero elaborado por BANICOL sobre el desarrollo financiero del Contrato de Concesión No. GG-040-2004, aportado por la parte convocada junto con la reforma a la demanda de reconvención, el cual obra en el Cuaderno de Pruebas No. 22 folios 1 a 87.

Experticio técnico elaborado por el Consorcio ConCol – BB&C S.A., mediante el cual, en su condición de Interventor del Contrato de Concesión No. GG-040-2004, resuelve cuestionario sobre el desarrollo de este contrato, aportado por la parte convocada junto con la reforma a la demanda de reconvención, el cual obra en el Cuaderno de Pruebas No. 22 folios 88 a 216.

Experticio financiero elaborado por Nexus Banca de Inversión aportado por la parte convocante como prueba de la objeción parcial por error grave presentada al dictamen financiero, el cual obra en el Cuaderno de Pruebas No. 97 folios 1 a 80.

[57] Cuaderno de Pruebas No. 31, folios 385 a 390.
[58] Cuaderno de Pruebas No. 31, folios 391 a 472, Cuaderno de Pruebas No. 119 folios 1 a 192.
[59] Cuaderno de Pruebas No. 96, folio 63 (CD)
[60] Cuaderno de Pruebas No. 97, folios 609 a 704.
[61] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 64 a 89, 217 a 231.

Experticio técnico elaborado por Manuel Hernando Ortiz aportado por la parte convocante como prueba de la objeción parcial por error grave presentada al dictamen técnico, el cual obra en el Cuaderno de Pruebas No. 97 folios 301 a 608.

Experticio técnico elaborado por el Ingeniero Jaime Durán Meléndez aportado por la parte convocante como prueba de la objeción parcial por error grave presentada al dictamen sobre avalúos prediales, el cual obra en el Cuaderno de Pruebas No. 119 folios 339 a 450.

Se recibieron las declaraciones de cada uno de los expertos, así:

El 6 de noviembre de 2013 se recibieron las declaraciones del Ingeniero Luis Ernesto Escobar Neuman y el representante legal de la firma experta BANICOL. La transcripción de estas declaraciones se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[62].

El 7 de noviembre de 2013 se recibió la declaración de la dra. María Mercedes Prado. La transcripción de esta declaración se incorporó al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[63].

El 17 de enero de 2014 se recibió la declaración del representante legal Consorcio ConCol – BB&C S.A. La transcripción de esta declaración se incorporó al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[64].

El 7 de julio de 2014 se recibió la declaración del Ingeniero Manuel Hernando Ortiz. La transcripción de esta declaración se incorporó al expediente, luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[65].

El 17 de julio de 2014 se recibió la declaración del representante legal de Nexus Banca de Inversión y Jenny González. La transcripción de esta declaración se incorporó al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[66].

El 24 de marzo de 2015 se recibió la declaración del Ingeniero Jaime Durán Meléndez. El experto no compareció a la continuación de su declaración y posteriormente presentó una excusa. La transcripción de esta declaración se

[62] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 90 a 149.
[63] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 157 a 190.
[64] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 1 a 8.
[65] Cuaderno de Pruebas No. 118, folios 357 a 41.
[66] Cuaderno de Pruebas No. 118, folios 416 a 446.

incorporó al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[67].

Inspecciones Judiciales:

El Tribunal decretó la práctica de las siguientes Inspecciones Judiciales con exhibición de documentos:

(i) Inspección Judicial en la ANI

La Inspección Judicial en la ANI inició el 2 de octubre de 2012 y se cerró el 17 de julio de 2014. Los documentos aportados en desarrollo de la inspección judicial se incorporaron al expediente y obran en los Cuadernos de Pruebas nos. 31[68] y 38 a 92.

(ii) Inspección Judicial en el Departamento Nacional de Planeación

La Inspección Judicial en el Departamento Nacional de Planeación (en adelante DNP) inició el 2 de octubre de 2012 y se cerró el 17 de julio de 2014. Los documentos aportados en desarrollo de la inspección judicial se incorporaron al expediente y obran en los Cuadernos de Pruebas nos. 33[69] y 94[70].

(iii) Inspección Judicial en el Ministerio de Hacienda

La Inspección Judicial en el Ministerio de Hacienda inició el 4 de octubre de 2012 y se cerró el 17 de julio de 2014. Los documentos aportados en desarrollo de la inspección judicial se incorporaron al expediente y obran en los Cuadernos de Pruebas nos. 26[71], 35, 36, 37 y 94[72].

(iv) Inspección Judicial en la Fiduciaria de Occidente

La Inspección Judicial en Fiduciaria de Occidente inició el 4 de octubre de 2012 y se cerró el 17 de julio de 2014. Los documentos aportados en desarrollo de la inspección judicial se incorporaron al expediente y obran en los Cuadernos de Pruebas no. 33[73] y 94[74].

---

[67] Cuaderno de Pruebas No. 119, folios 451 a 483.
[68] Folios 1 a 2 CD Modelo Financiero.
[69] Folio 228.
[70] Folios 300 a 454.
[71] Folio 128.
[72] Folios 1 a 145.
[73] Folio 227 (2 CDs).
[74] Folios 146 a 299.

(v) Inspección Judicial en las oficinas de la CABG

La Inspección Judicial en las oficinas de la CABG inició el 29 de octubre de 2012 y se cerró el 17 de julio de 2014. Los documentos aportados en desarrollo de la inspección judicial se incorporaron al expediente y obran en los Cuadernos de Pruebas nos. 26[75], 94 (folios 455 a 611) y 95.

(vi) Inspección Judicial en las oficinas de Segurexpo de Colombia S.A.

La Inspección Judicial en las oficinas de Segurexpo inició el 9 de noviembre de 2012 y se cerró el 17 de julio de 2014. Los documentos aportados en desarrollo de la inspección judicial se incorporaron al expediente y obran en el Cuaderno de Pruebas no. 26[76].

(vii) Inspección Judicial en las oficinas de Condor S.A. Compañía de Seguros Generales

La Inspección Judicial en las oficinas de Condor S.A. inició el 22 de octubre de 2012 y se cerró el 17 de julio de 2014. Los documentos aportados en desarrollo de la inspección judicial se incorporaron al expediente y obran en el Cuaderno de Pruebas no. 26[77].

La parte convocada desistió de la inspección ocular decretada[78].

Dictámenes Periciales:

Se practicaron tres dictámenes periciales así:

Dictamen pericial contable financiero

Equity Investment S.A.S. Banca de Inversión rindió el dictamen pericial contable financiero decretado, del cual se corrió traslado a las partes, y obra en el expediente en el Cuaderno de Pruebas No. 30. Estando dentro del término del traslado, los señores apoderados de las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron rendidas por el perito y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 34. La parte convocante presentó escrito

[75] Folios 284 a 497.
[76] Folio 587 (CD).
[77] Folios 19 a 127, 588 a 597, 611 a 615.
[78] Auto del 15 de septiembre de 2014.

formulando objeción parcial por error grave contra el dictamen financiero, del cual se corrió el traslado correspondiente.

Dictamen Técnico

El Ingeniero Héctor Parra Ferro rindió el dictamen pericial técnico decretado, del cual se corrió traslado a las partes y obra en el expediente en los Cuadernos de Pruebas Nos. 27 a 29 y 32. Estando dentro del término del traslado, los señores apoderados de las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron rendidas por el perito y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 93. La parte convocante presentó escrito formulando objeción parcial por error grave contra el dictamen técnico, del cual se corrió el traslado correspondiente.

Dictamen experto en avalúos prediales e inmobiliarios

La firma Cáceres y Ferro Finca Raíz rindió el dictamen pericial sobre avalúos prediales e inmobiliarios, del cual se corrió traslado a las partes y obra en el expediente en los Cuadernos de Pruebas Nos. 98 a 118. Estando dentro del término del traslado, los señores apoderados de las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron rendidas por el perito y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 119, folios 193 a 311. La parte convocante presentó escrito formulando objeción parcial por error grave contra el dictamen sobre avalúos prediales, del cual se corrió el traslado correspondiente.

La parte convocada desistió del dictamen pericial del experto en sistemas[79].

Testimonios

Se recibieron los testimonios decretados así:

El 1, 5 y 6 de agosto de 2013 se recibió el testimonio de Carlos Collins, la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[80].

El 6 de agosto de 2013 se recibió el testimonio de Heriberto Amado, la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[81].

[79] Auto del 9 de noviembre de 2012.
[80] Cuaderno de Pruebas No. 31, folios 12 a 102.
[81] Cuaderno de Pruebas No. 31, folios 103 a 142.

El 8 de agosto de 2013 se recibió el testimonio de José Suárez y Diego Hernando Cuevas. Las transcripciones de tales declaraciones se incorporaron al expediente luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[82].

El 27 de agosto de 2013 se recibió el testimonio de Jaime Bateman, la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[83].

El 13 de septiembre de 2013 se recibió el testimonio de Bernardo Henao y Francisco Orlando Garavito Cruz. Las transcripciones de tales declaraciones se incorporaron al expediente luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[84].

El 19 de septiembre de 2013 se recibió el testimonio de Ana María Quintero Moya, la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[85].

El 20 de septiembre de 2013 se recibió el testimonio de Vanessa Betancourt Pereira y de Carlos Andrés Terrassa Vallejo (Representante Legal de Sumatoria). Las transcripciones de tales declaraciones se incorporaron al expediente luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[86].

El 24 de septiembre de 2013 se recibió el testimonio de Ana Milena Medina Carrero y Mario Arturo Dib DeCastro. Las transcripciones de tales declaraciones se incorporaron al expediente luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[87].

El 26 de septiembre de 2013 se recibió el testimonio de Julio Enrique Torres como persona natural y en su condición de Representante Legal del Consorcio Montecarlo Vías y Constructora San Carlos. La transcripción de la declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[88].

[82] Cuaderno de Pruebas No. 31, folios 143 a 188.
[83] Cuaderno de Pruebas No. 31, folios 190 a 198.
[84] Cuaderno de Pruebas No. 33, folios 1 a 34.
[85] Cuaderno de Pruebas No. 33, folios 35 a 57.
[86] Cuaderno de Pruebas No. 33, folios 58 a 94.
[87] Cuaderno de Pruebas No. 33, folios 95 a 137.
[88] Cuaderno de Pruebas No. 33, folios 138 a 179.

El 2 de octubre de 2013 se recibió el testimonio de Diego Fausto Vanegas. La transcripción de la declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[89].

El 22 de octubre de 2013 se recibió el testimonio de Clara Eugenia Salazar. La transcripción de la declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[90].

El 7 de noviembre de 2013 se recibió el testimonio técnico de Juan Fernando Múnera, la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[91].

El 16 de enero de 2014 se recibió el testimonio de Francisco Javier Forero Lozano, la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[92].

El 17 de enero de 2014 se recibió el testimonio de Claudia Lucero Hernández Carranza, representante legal de CONSULTORIA BÁSICA DE SEGUROS Y REASEGUROS LTDA – BASIC LTDA, la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[93].

El 20 de enero de 2014 se recibió el testimonio de Nancy Johana López y Julio Roberto Vacca. Las transcripciones de tales declaraciones se incorporaron al expediente luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[94].

El 25 de abril de 2014 se recibió el testimonio de Moisés de la Hoz Diazgranados como persona natural y en su condición de Representante Legal de Auditoría y Asesorías Tributarias Ltda. – SAASET LTDA, la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[95].

El 29 de abril de 2014 se recibió el testimonio de Miguel Angel Botero Giraldo (Representante Legal de MAB – Ingeniería de Valor S.A.), la transcripción de

[89] Cuaderno de Pruebas No. 33, folios 180 a 202.
[90] Cuaderno de Pruebas No. 33, folios 203 a 221.
[91] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 150 a 156.
[92] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 14 a 37.
[93] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 9 a 13.
[94] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 38 a 61.
[95] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 191 a 208.

esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[96].

El 30 de mayo de 2014 se recibió el testimonio de Pablo Muñoz Gómez como persona natural y liquidador de MNV, Gas Kpital e Interbolsa y de Ángela Arroyave Osorno. La transcripción de estas declaraciones se incorporó al expediente luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes[97].

El 17 de junio de 2014 se recibió el testimonio de Juan Manuel Martínez, la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes y tenidas en cuenta algunas de las observaciones que presentó la parte convocante[98].

El 24 de julio de 2014 se recibió el testimonio de John Marín decretado como prueba de la objeción parcial al dictamen técnico presentada por la parte convocante. La transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[99].

El 15 de septiembre de 2014 se recibieron los testimonios de Martín Diab Quimbayo y Johanna López decretados como prueba de la objeción parcial al dictamen técnico y financiero presentada por la parte convocante. La transcripción de estas declaraciones se incorporaron al expediente luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes, y tenidas en cuenta algunas de las observaciones que presentó la parte convocante[100].

El 27 de noviembre de 2014 se recibió el testimonio de Enrique Dávila decretado como prueba de las objeciones parciales a los dictámenes técnico y financiero presentadas por la parte convocante. La transcripción de esta declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes[101].

La parte convocante desistió de los siguientes testimonios: Álvaro Durán (auto 24 de septiembre de 2013), Álvaro Gutiérrez (auto del 26 de septiembre de 2013), Javier Castellanos (2 de octubre de 2013), Gerardo Cabrera (auto del 23 de octubre de 2013), Rubén Darío Lizarralde (auto del 7 de noviembre de 2013), Paola Aldana (auto del 16 de enero de 2014), Antonio Rodríguez (auto del 16 de enero de 2014), Enrique Dávila (auto del 16 de enero de 2014), Martín Diab

[96] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 209 a 215.
[97] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 232 a 243, 271 a 298.
[98] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 299 a 313; Cuaderno de Pruebas No. 118 folios 508 a 515.
[99] Cuaderno de Pruebas No. 118, folios 448 a 466.
[100] Cuaderno de Pruebas No. 118, folios 469 a 493; Cuaderno de Pruebas No. 119, folios 326 – 338.
[101] Cuaderno de Pruebas No. 119, folios 312 – 325.

Quimbayo (auto del 17 de enero de 2014), Francisco Gnecco Roldán (auto del 20 de enero de 2014), José Ernesto Martínez Tarquino (auto del 20 de enero de 2014), Ariel Corredor (auto del 20 de enero de 2014), Fernando Bocanegra (auto del 20 de enero de 2014), Hugo Leonardo Bracho Hoyos (auto del 20 de enero de 2014), Javier Campo Martínez (auto del 20 de enero de 2014), El Mayor General Jairo Duván Pineda (auto del 20 de enero de 2014), El Brigadier General Clímaco Antonio Solórzano (auto del 20 de enero de 2014), Alex de Jesús Salgado Lozano (auto del 20 de enero de 2014), Miguel Angel Benzadón (auto del 25 de abril de 2014), Carmen Cecilia Álvarez Gómez (auto del 29 de abril de 2014), José Gilberto Hernández (auto del 30 de mayo de 2014), Julio Roberto Vacca y Fernando Yori testimonios decretados como prueba de la objeción parcial a los dictámenes técnico y financiero presentadas por la parte Convocante (auto del 24 de julio de 2014).

La parte convocada desistió de los siguientes testimonios: Rolando Castro Rincón (auto del 20 de septiembre de 2013), Francisco Wiesner (auto del 26 de septiembre de 2013), Javier Antonio Barros Camacho (auto del 22 de enero de 2014), Nelson Izáciga León (auto del 22 de enero de 2014), el Representante Legal de Suma Gas S.A. (auto del 22 de enero de 2014) y el Representante Legal de BAPACOL SAS (auto del 22 de enero de 2014).

Segurexpo desistió de los siguientes testimonios: María Isabel González (auto del 8 de agosto de 2013), Álvarez Paola Aldana (22 de enero de 2014), Raúl Charry Rendón (auto del 29 de abril de 2014) y Manuel H. Ortiz (auto del 29 de abril de 2014).

Mediante auto del 23 de junio de 2015 (Acta No. 92) el Tribunal resolvió limitar la recepción de los testimonios de Emmel de Jesús Herrera Duque y de los representantes legales del Consorcio Bogotá – Fusa y del Consorcio Vergel y Castellanos.

Interrogatorio de parte

El 30 de mayo de 2014 y el 17 de junio de 2014 se recibió el interrogatorio de parte de la representante legal de la CABG solicitado por la parte convocada. La transcripción de tal declaración se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes y tenidas en cuenta algunas de las observaciones que presentó la parte convocante[102].

Oficios

[102] Cuaderno de Pruebas No. 96, folios 244 a 270, 314 a 320, Cuaderno de Pruebas No. 118 folios 494 a 507.

Se ordenó oficiar a las siguientes entidades:

- Oficio No. 01: Fiduciaria de Occidente. La respectiva respuesta obra a folios 275 a 276 del Cuaderno de Pruebas No. 26.
- Oficio No. 02: Seguros Generales Suramericana S.A.. La respectiva respuesta obra a folios 229 a 244 del Cuaderno de Pruebas No. 33.
- Oficio No. 03: Segurexpo de Colombia S.A. La respectiva respuesta obra a folios 129 a 272 del Cuaderno de Pruebas No. 26.
- Oficio No. 04: Revisor Fiscal de Segurexpo de Colombia S.A. La respectiva respuesta obra a folios 283 del Cuaderno de Pruebas No. 26.
- Oficio No. 05: Superintendencia Delegada de Concesiones e Infraestructura de la Superintendencia de Puertos y Transporte. La respectiva respuesta obra a folios 616 a 620 del Cuaderno de Pruebas No. 26.
- Oficio No. 06: Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá. La respectiva respuesta obra a folios 277 a 282 del Cuaderno de Pruebas No. 26.
- Oficio No. 07: Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá. La respectiva respuesta obra a folios 498 a 586 del Cuaderno de Pruebas No. 26.
- Oficio No. 08: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A. La respectiva respuesta obra a folios 598 a 606 del Cuaderno de Pruebas No. 26, y a folios 3 a 9 del Cuaderno de Pruebas No. 31.
- Oficio No. 09: Revisor Fiscal de CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES. La respectiva respuesta obra a folios 273 a 274 del Cuaderno de Pruebas No. 26.
- Oficio al IGAC. La respectiva respuesta obra a folio 19 del Cuaderno de Pruebas No. 31.

Exhibiciones de documentos

El Tribunal decretó la práctica de exhibición de documentos por parte de:

(i) BRC Investor Services S.A. quien remitió los documentos solicitados[103].

(ii) INGETEC quien mediante comunicación de 13 de septiembre de 2013 manifestó que el documento solicitado se encontraba en poder del

[103] Cuaderno de Pruebas No. 26, folios 607 a 610.

INVIAS. La parte Convocada remitió el documento solicitado el cual obra a folios 279 a 280 del Cuaderno de Pruebas No. 31 (CD).

(iii) Los Proponentes de la sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. (Alejandro Char Chaljub, MNV S.A., Gas Kapital GR S.A., Vergel y Castellanos Ingenieros Asociados y Cia Ltda., Álvarez y Collins S.A.), quienes manifestaron que no se encontraba en su poder los documentos solicitados por el Tribunal[104].

Como prueba de las objeciones presentadas por la parte Convocante a los dictámenes técnico y financiero se decretó la exhibición por parte de la ANI del modelo financiero con el que realizó en conjunto con la Contraloría General de la República las verificaciones sobre las erogaciones y ejecución del contrato de concesión, la cual se llevó a cabo en Audiencia realizada el 24 de julio de 2014, en la que la ANI manifestó que no tenía constancia de la realización de modelos en conjunto con la Contraloría[105].

Prueba Trasladada

Mediante auto del 22 de junio de 2015 el Tribunal decretó como prueba de oficio el traslado de la totalidad de las pruebas recaudadas en el **Tribunal de Arbitramento que conoce de las diferencias existentes entre la CABG y la ANI (en adelante el Proceso Arbitral Concesión Bogotá Girardot-ANI-2)**, incluidas las aclaraciones a los dictámenes decretados en ese Tribunal. Estas pruebas fueron incorporadas al expediente y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 120.

Por auto de fecha 23 de junio de 2015 (Acta No. 92 folios 634 a 640 del Cuaderno Principal No. 15), se decretó el cierre de la etapa probatoria. Los apoderados de las partes no realizaron manifestación alguna frente a esta decisión.

J. Alegatos de Conclusión

Mediante auto de fecha 23 de junio de 2015, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegatos de conclusión (Acta No. 92).

El 18 de septiembre de 2015 se surtió la audiencia de alegatos de conclusión, en la que cada uno de los apoderados de las partes y de los llamados en garantía formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un memorial con el

[104] Folios 621 a 624 del Cuaderno de Pruebas No. 26, y folios 10 a 11 del Cuaderno de Pruebas No. 31.
[105] Cuaderno de Pruebas No. 118 folios 467 a 468.

resumen de los mismos los cuales forman parte del expediente[106]. En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó fecha y hora para la audiencia de lectura del presente laudo arbitral, la cual fue modificada en la Audiencia celebrada en la fecha encontrándose presentes los apoderados de las partes y de los llamados en garantía y la señora Agente del Ministerio Público.

Posteriormente, la señora agente del Ministerio Público acreditada en esta actuación, presentó su escrito contentivo de los alegatos finales.

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del presente proceso, por mandato del artículo 103 del Decreto 2651 de 1991, es de seis meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, y su cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el día 14 de septiembre de 2012. A dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los días calendario durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de las partes, los cuales se relacionan a continuación:

AUTO	FECHAS	DÍAS CALENDARIO SUSPENDIDOS
Acta No. 27 de 14 de septiembre de 2012	22 de septiembre de 2012 hasta 1 de octubre de 2012, ambas fechas incluidas	10
Acta No. 31 del 4 de octubre de 2012	10 de octubre al 21 de octubre de 2012, ambas fechas incluidas	12
Acta No. 33 del 29 de octubre de 2012	30 de octubre al 8 de noviembre de 2012, ambas fechas incluidas	10
Acta No. 36 del 19 de noviembre de 2012	20 de noviembre al 9 de diciembre de 2012, ambas fechas incluidas	20
Acta No. 37 del 10 de diciembre de 2012	18 de diciembre de 2012 al 20 de enero de 2013, ambas fechas incluidas	34
Acta No. 38 del 21 de enero de 2013	25 de enero de 2013 al 3 de febrero de 2013, ambas fechas incluidas	10
Acta No. 39 del 4 de febrero de 2013	9 de febrero de 2013 al 31 de marzo de 2013, ambas fechas incluidas	51
Acta No. 40 del 2 de abril de 2013	3 de abril de 2013 al 7 de abril de 2013, ambas fechas incluidas	5
Acta No. 41 del 8 de abril de 2013 (Suspensión con ocasión de la renuncia presentada por uno de los árbitros y la designación de su reemplazo)	9 de abril de 2013 al 17 de junio de 2013, ambas fechas incluidas	70
Acta No. 43 del 25 de junio de 2013	26 de junio de 2013 al 28 de julio de 2013, ambas fechas incluidas	33
Acta No. 47 del 8 de agosto de 2013	9 de agosto al 26 de agosto de 2013, ambas fechas incluidas	18

[106] Folios 686 y ss. del Cuaderno Principal No. 15, y Cuadernos Principales 16 y 17.

Acta No. 48 del 27 de agosto de 2013	28 de agosto al 12 de septiembre de 2013, ambas fechas incluidas	16
Acta No. 49 del 13 de septiembre de 2013	14 de septiembre al 18 de septiembre de 2013, ambas fechas incluidas	5
Acta No. 51 del 20 de septiembre de 2013	21 de septiembre al 23 de septiembre de 2013, ambas fechas incluidas	3
Acta No. 54 del 2 de octubre de 2013	7 al 8 de octubre de 2013 y entre el 10 de octubre y el 21 de octubre de 2013, ambas fechas incluidas	14
Acta No. 56 del 23 de octubre de 2013	30 de octubre al 5 de noviembre de 2013, ambas fechas incluidas	7
Acta No. 58 del 7 de noviembre de 2013	8 de noviembre de 2013 al 15 de enero de 2014, ambas fechas incluidas	69
Acta No. 62 del 22 de enero de 2014	23 de enero de 2014 al 19 de febrero de 2014, ambas fechas incluidas	28
Acta No. 63 del 20 de febrero de 2014	21 de febrero de 2014 al 17 de marzo de 2014, ambas fechas incluidas	25
Acta No. 64 del 18 de marzo de 2014	19 de marzo de 2014 al 18 de abril de 2014, ambas fechas incluidas	31
Acta No. 66 del 29 de abril de 2014	6 de mayo al 29 de mayo de 2014, ambas fechas incluidas	24
Acta No. 67 del 30 de mayo de 2014	31 de mayo al 11 de junio de 2014, ambas fechas incluidas	12
Acta No. 69 del 17 de junio de 2014	18 de junio al 6 de julio de 2014, ambas fechas incluidas	19
Acta No. 70 del 7 de julio de 2014	8 de julio al 16 de julio de 2014, ambas fechas incluidas	9
Acta No. 73 del 25 de julio de 2014	26 de julio al 12 de agosto de 2014, ambas fechas incluidas	18
Acta No. 74 del 13 de agosto de 2014	13 de agosto al 14 de septiembre de 2014, ambas fechas incluidas	33
Acta No. 76 del 16 de septiembre de 2014	17 de septiembre al 14 de octubre de 2014, ambas fechas incluidas	28
Acta No. 77 del 15 de octubre de 2014	16 de octubre al 21 de octubre de 2014, ambas fechas incluidas	6
Acta No. 78 del 22 de octubre de 2014	23 de octubre al 26 de noviembre de 2014, ambas fechas incluidas	35
Acta No. 79 del 27 de noviembre de 2014	28 de noviembre de 2014 al 26 de enero de 2015, ambas fechas incluidas	60
Acta No. 80 del 27 de enero de 2015	27 de enero de 2015 al 15 de febrero de 2015, ambas fechas incluidas	20
Acta No. 81 del 16 de febrero de 2015	17 de febrero al 3 de marzo de 2015, ambas fechas incluidas	15
Acta No. 82 del 6 de marzo de 2015	6 de marzo al 11 de marzo de 2015, ambas fechas incluidas	6
Acta No. 84 del 18 de marzo de 2015	19 de marzo al 23 de marzo de 2015, ambas fechas incluidas	5
Acta No. 85 del 24 de marzo de 2015	25 de marzo al 3 de mayo de 2015, ambas fechas incluidas	40
Acta No. 90 del 22 de junio de 2015 (Suspensión con ocasión de la recusación presentada)	4 de mayo al 21 de junio de 2015, ambas fechas incluidas	49
Acta No. 92 del 23 de junio de 2015	24 de junio al 17 de septiembre de 2015, ambas fechas incluidas	86
Acta No. 93 del 18 de septiembre	19 de septiembre de 2015 al 12 de enero de	116

de 2015	2016, ambas fechas incluidas	
TOTAL		**1052**

En total el proceso se ha suspendido durante 1052 días calendario, con lo cual el término se extiende hasta el 30 de enero de 2016.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Mediante escrito radicado el día 25 de agosto de 2011[107], la parte convocante reformó la demanda arbitral **(en adelante la demanda o la demanda arbitral o la demanda reformada o la demanda principal)** formulando las siguientes pretensiones:

1. ***"DECLARATIVAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.***

   1. ***DECLARAR*** *en interpretación de la Cláusula 37, modificada por los Otrosíes 4, 6, 14 y 17 del Contrato de Concesión GG-040-2004, sobre quién recae el riesgo predial y de redes de servicio público del contrato.*

   A. PREDIOS

2. *Con fundamento en la declaración 1 anterior,* ***DETERMINAR*** *económicamente el alcance del riesgo predial a cargo del* ***INCO,*** *establecido en la matriz de riesgo de la licitación pública que dio origen al Contrato de Concesión GG-040-2004.*

3. ***DETERMINAR*** *que el riesgo predial a cargo del CONCESIONARIO se desbordó y se convirtió en un riesgo ilimitado.*

4. *Con fundamento en la primera declaración,* ***DETERMINAR*** *los alcances de las obligaciones económicas a cargo del Concesionario contempladas en la cláusula 61 del Contrato de Concesión GG-040-2004.*

[107] Folios 1 y ss del Cuaderno Principal No. 3.

4.1. ***DETERMINAR*** *el incumplimiento grave del* ***INCO*** *en el pago de la suma de OCHO MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($8.200'000.000), adicionales a los NUEVE MIL MILLONES DE PESOS ($9.000'000.000) a los que está obligado asumir el concesionario en virtud de la Cláusula 37.6 del Contrato de Concesión GG-040-2004.*

B. REDES DE SERVICIOS PUBLICOS

4.2. ***DECLARAR*** *que la obligación económica del CONCESIONARIO y el riesgo en materia de redes de servicios públicos contemplada en la Cláusula 37.19.1., ascienden a la suma de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS ($4.000'000.000), y que una vez superado este monto, el costo debe ser asumido por el* ***INCO*** *durante los siguientes 18 meses a una tasa del DTF+7.*

4.3. ***DECLARAR*** *el incumplimiento grave del* ***INCO*** *en el pago correspondiente a redes de servicios públicos.*

5. GENERAL

5.1. Con fundamento en las declaraciones anteriores, ***DETERMINAR*** *que el* ***INCO*** *ha incumplido sus obligaciones contenidas en el Contrato GG-040-2004 en materia predial y de redes servicios públicos y que como consecuencia de ello, no se ha podido obtener los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto vial objeto del Contrato de Concesión GG-040-2004 y se ha afectado la ejecución de la programación.*

5.2. ***DECLARAR*** *que como consecuencia de declaraciones anteriores, el* ***INCO*** *es responsable de las afectaciones a la programación de obra del Contrato de Concesión GG-040-2004.*

5.3. DECLARAR como consecuencia de las declaraciones anteriores la excepción del contrato no cumplido.

5.4. ***DECLARAR****, que la* ***CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT*** *está en consecuencia exonerada de dar cumplimiento a los hitos de la construcción y de la programación prevista en el anexo del Otrosí 19 al Contrato de Concesión, en aplicación del principio de la "excepción del contrato no cumplido".*

5.5. ***DECLARAR*** *que el* ***CONCESIONARIO*** *no se encuentra en mora de cumplir lo pactado en el Contrato de Concesión No. GG-040-2004, mientras el* ***INCO*** *no haya dado cumplimiento a sus obligaciones en los términos contractuales establecidos.*

5.6. ***DECLARAR*** *como consecuencia de lo anterior, la exención de responsabilidad del* ***CONCESIONARIO*** *en el cumplimiento de la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión y sus Otrosíes modificatorios.*

5.7. ***DECLARAR*** *que el* ***CONCESIONARIO*** *tiene la libertad contractual de realizar los cambios sobre la programación de la obra y sobre las inversiones que realice para el proyecto vial. Salvo en lo referente a lo previsto para la etapa contractual y la entrega de trayectos, definidos éstos como hitos dentro del Contrato de Concesión.*

6. ***DECLARAR*** *que la actual programación de obra del Contrato de Concesión GG-040-2004 resulta inviable por razones no imputables al* ***CONCESIONARIO*** *y, en consecuencia, se determine una nueva programación que atienda las exigencias y la realidad del contrato.*

6.1. Como consecuencia de lo anterior, ***DECLARAR*** *que la programación que ha presentado el* ***CONCESIONARIO****, ajustada a la fecha del fallo arbitral, es la adecuada, porque incluye las circunstancias especiales del desarrollo del contrato.*

6.2. ***DETERMINAR*** *la metodología de medición del índice de estado de la vía exigible a las partes.*

6.3. ***DECLARAR*** *que el INCO, directamente y a través de la interventoría, vienen exigiendo una metodología de medición del índice de estado no contemplada en el contrato.*

6.4. ***DECLARAR*** *que la* ***CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.*** *cumple con el índice de estado de la vía contemplados en el Apéndice 3 del Contrato.*

7. ***DECLARAR*** *el incumplimiento grave del* ***INCO*** *en el pago del riesgo geológico y los correspondientes intereses contractualmente determinados.*

8. ***DECLARAR*** *el incumplimiento grave del* ***INCO*** *en el pago de la indexación tarifaria desde el año 2005.*

9. ***RATIFICAR*** *como consecuencia de las declaraciones 9 y 10 anteriores la excepción de contrato no cumplido.*

10. ***DETERMINAR*** *el alcance de las obligaciones laborales y parafiscales a cargo del* ***CONCESIONARIO*** *contempladas en la cláusula 49 numeral 49.2*[108] *del Contrato de Concesión GG-040 de 2004, en lo relacionado con las acreencias laborales y parafiscales de sus subcontratistas.*

11. ***DETERMINAR*** *que la* ***CONCESIÓN*** *no tiene obligación de pago a los proveedores de sus subcontratistas así como tampoco es solidariamente responsable, sin sentencia judicial que así lo declare, con los empleados y proveedores de sus accionistas, subcontratistas y cualquier tercero.*

12. ***DECLARAR Y DETERMINAR*** *cuál es el alcance de las facultades del Interventor en el marco del Contrato de Concesión GG-040-2004.*

13. ***DECLARAR*** *que el* ***INCO*** *ha abusado de su derecho como contratante, y ha ejercido una indebida presión sobre el Interventor del Contrato.*

14. ***DECLARAR*** *que la* ***CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.*** *cumplió con la obligación estipulada en la cláusula 31 numeral 31.1.3 del Contrato de Concesión GG-040-2004, en lo relacionado con la efectiva constitución de garantías de estabilidad de los subtrayectos 7A, 7C, 8A, 9B y 10.*

15. ***DECLARAR*** *que el* ***INCO*** *incumplió gravemente el Contrato de Concesión No. GG-040-2004, al proceder a ordenar disminuciones de ingresos a la Fiduciaria de Occidente sin el respeto y cumplimiento a la cláusula 29 y 60 del Contrato de Concesión.*

16. ***DECLARAR*** *en consecuencia que el INCO vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho de defensa de mi representada.*

II. DECLARATIVAS CONSECUENCIALES

Como consecuencia de las anteriores declaraciones:

1. ***DECLARAR*** *que la* ***CONCESIÓN*** *cumplió el Contrato de Concesión GG-040-2004 respecto de las obligaciones a que se refiere la interventoría en sus oficios:*

[108] Ver cláusula 49 numeral 49.2:
"Estarán a cargo del ***Concesionario*** *y sus subcontratistas, los respectivos salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de todos los trabajadores vinculados al* ***Proyecto*** *y la responsabilidad por el pasivo laboral. A tal efecto, el* ***Concesionario*** *se obliga al cumplimiento de todas las normas legales y convencionales según lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones complementarias. Igualmente, el* ***Concesionario*** *se obliga a cumplir con los aportes parafiscales conforme a lo establecido en las normas vigentes durante la ejecución del* ***Contrato****"*

Respecto a la asunción de la gestión predial a cargo del Concesionario:

1. *Concol 26 de noviembre de 2009 01-6150-2009*
2. *Concol 29 de enero de 2010 01-0510-2010*
3. *Concol 2 de marzo de 2010 01-1108-2010*
4. *Concol 3 de marzo de 2010 01-1122-2010*
5. *Concol 8 de marzo de 2010 01-1222-2010*
6. *Concol 5 de abril de 2010 01-1721-2010*
7. *Concol 15 de abril de 2010 01-1934-2010*
8. *Concol 10 de mayo de 2010 01-2421-2010*
9. *Concol 16 de junio de 2010 01-3207-2010*
10. *Concol 17 de enero de 2011 No. 01-0260-2011*
11. *Concol 25 de febrero de 2011 01-1147-2011*

Respecto a las Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión GG-040-2004:

12. *Concol 31 de mayo de 2010 01-3001-2010*

Respecto al alcance de las facultades del Interventor frente a las obligaciones de los subcontratistas.

13. *Concol 10 de agosto de 2010 01-4482-2010*

Respecto a la constitución de garantías de estabilidad, subtrayectos 7 A, 7C, 8 A, 9B y 10.

14. *Concol 10 de mayo de 2009 01-2406-2009*
15. *Concol 1 de julio de 2009 01-3181-2009*
16. *Concol 6 de agosto de 2009 01-4026-2009*
17. *Concol 27 de Septiembre de 2009. 01-6290-2009*
18. *Concol 21 de junio de 2010 01-3410-2010*

19. Concol 21 de septiembre de 2010 01-5414-2010

20. Concol 23 de septiembre de 2010 01-5475-2010

2. ***DECLARAR*** *que el INCO vulneró el debido proceso contractual al ordenar –directa y a través del interventor- las disminuciones de ingreso realizadas en ejecución del contrato, al no permitir al CONCESIONARIO dirimir la controversia mediante a través del amigable componedor, INCUMPLIENDO gravemente el contrato.*

III. PRETENSIONES DE CONDENA

1. ***CONDENAR*** *al* ***INCO*** *a pagar a la* ***CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT*** *una indemnización integral de perjuicios con ocasión de sus incumplimientos contractuales.*

2. ***CONDENAR*** *al* ***INCO*** *a pagar en su oportunidad los gastos, agencias en derecho y demás costas generadas por el presente trámite."*

2. LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos que sustentan las pretensiones transcritas son los especificados en la demanda reformada a folios 11 a 185 del Cuaderno Principal No. 3.

3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Según se relató en el capítulo de antecedentes, el INCO (hoy ANI) dio oportuna contestación a la demanda reformada[109], oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. Adicionalmente formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. COINCIDENCIA INTERPRETATIVA DE LAS PARTES SOBRE EL ALCANCE Y CONTENIDO DEL NUMERAL 37.6[110] DEL CONTRATO DE CONCESIÓN GG-040-2004. INEXISTENCIA DE CONFLICTO.

2. LA FINANCIACIÓN COMO OBLIGACIÓN ESENCIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. GG-040-2004 A CARGO DEL CONCESIONARIO EN RELACIÓN CON LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO PREDIAL.

[109] Folios 316 a 482 del Cuaderno Principal No. 3.
[110] La cláusula primera del Otrosí No. 6 del 19 de agosto de 2005 modifica su numeración más no su contenido.

3. EL RIESGO PREDIAL DEL INCO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN GG-040-2004.

4. LA GESTIÓN PREDIAL EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN GG-040-2004

5. LA AMPLIACIÓN DE LOS PLAZOS MÁXIMOS (LÍMITE DEL PROGRAMA DE OBRA): UNA DECISIÓN RESERVADA EXCLUSIVAMENTE AL INCO.

6. EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR CULPA DEL CONCESIONARIO.

7. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LAS PRETENSIONES CONSECUENCIALES DE LA DEMANDA ARBITRAL

8. PETICIÓN EXPRESA

9. EXCEPCIÓN DE PAGO DEL SOPORTE DEL RIESGO GEOLÓGICO

10. DEL PAGO DE LAS REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS

11. EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA

12. EXCEPCIÓN GENÉRICA

4. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Mediante escrito radicado el día 1 de diciembre de 2011[111], la parte convocada reformó la demanda de reconvención **(en adelante la demanda de reconvención o la demanda de reconvención reformada)** formulando las siguientes pretensiones:

> ***"PRIMERA PRINCIPAL.*** *Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con lo establecido en el segundo inciso de la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, en el sentido de mantener la indemnidad a favor de mi mandante por la ejecución de las actividades atinentes a la gestión predial del Proyecto Vial Bogotá Girardot.*
>
> *El inciso segundo de esta cláusula prescribe lo siguiente:*
>
> > ***"El Concesionario, mantendrá indemne al INCO por cualquier reclamación o acción de terceros con ocasión de la gestión predial***

[111] Folios 22 y ss. del Cuaderno Principal No. 4.

que asume, en especial en lo que tiene que ver con la valoración, pago de los predios y el correcto manejo de los recursos que destinen para el efecto. Esta indemnidad incluye las reclamaciones o demandas que se interpongan contra el INCO, durante todo el periodo de la concesión por hechos u omisiones del Concesionario en su gestión predial a partir de la fecha de su suscripción del Acta de Inicio de Ejecución."

SEGUNDA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal declare que se han generado para la Entidad que represento perjuicios ingentes que se concretan en los costos y gastos en los que ha tenido que incurrir:*

1. *Atención de la demanda ejecutiva instaurada por la señora Leonor Gallego y otros contra el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.*

2. *Atención de las peticiones, quejas y reclamos de los propietarios de los predios afectos al Proyecto Bogotá – Girardot por incumplimiento de los compromisos de pago pactados entre éstos y el Concesionario.*

3. *En el evento en que se condene judicialmente a la Entidad que represento dentro del proceso ejecutivo instaurado en su contra por la señora Leonor Gallego y otros que se llegaren a instaurar, solicito al H. Tribunal se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de dicha sentencia condenatoria dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme la respectiva sentencia.*

TERCERA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., a título de daño emergente a favor de mi mandante, la suma que se pruebe dentro del presente trámite arbitral, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO.*

Para el pago de esta suma, solicito al H. Tribunal se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa de interés más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, desde la fecha en que la Entidad que represento haya efectuado el pago hasta la fecha en que se realice el pago a su favor.

Primera Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión tercera principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, desde la fecha en*

que se haya efectuado el pago por la Entidad que represento hasta la fecha en que se realice el pago efectivo por parte de la Concesión Bogotá Girardot S.A.

Segunda Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión primera subsidiaria de la tercera principal, que el valor a pagar se actualice con base en el IPC, desde la fecha en que se haya efectuado el pago por la Entidad que represento hasta la fecha en que se realice el pago efectivo por parte de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.*

CUARTA PRINCIPAL. *Con base en la declaración primera principal, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite, a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO, liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo.*

QUINTA PRINCIPAL. *Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con la obligación de la gestión predial para el Proyecto Vial Bogotá Girardot de acuerdo con lo señalado en la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, modificada a través de los Otrosíes Nos. 4, 6 y 17, generando un mayor valor en la adquisición de los predios afectos al mismo.*

SEXTA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., a título de daño emergente a favor de mi mandante, las siguientes sumas:*

(i) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario y sobre los cuales se haya tenido que realizar nuevamente nuevos avalúos y la gestión para su negociación;

(ii) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario frente al precio final de compra;

(iii) El incremento en el valor de los predios derivado de su gestión tardía en la adquisición de los mismos;

(iv) El valor de los predios que haya adquirido el concesionario para el Proyecto Vial Bogotá - Girardot por errores en la identificación ,en exceso o por defecto, en los términos del inciso final del numeral 37.4 de la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, modificado a través de la cláusula primera del Otrosí No. 6 del 20 de agosto de 2005, que lo nominó de manera independiente con el numeral 37.9 de la cláusula 37.

(v) *El valor de aquéllos predios que por haber sufrido daños y/o averías producto de errores en el proceso constructivo del Concesionario o por sus decisiones o actos, haya tenido o tenga que pagar el INCO y que se prueben dentro del presente trámite.*

(vi) *El valor de los daños y/o averías que hayan sufridos los predios, bienes o mejoras generados en desarrollo del proceso constructivo del Concesionario y/o los perjuicios y/o indemnizaciones que haya tenido que pagar el INCO con ocasión de los daños y/o averías enunciadas.*

Para el pago de estas sumas, solicito al H. Tribunal que condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de su efectivo pago a favor de la Entidad que represento.

***Primera Subsidiaria.** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre los valores que resulten en los términos solicitados en la pretensión sexta principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de su efectivo pago a favor de la Entidad que represento.*

***Segunda Subsidiaria.** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión primera subsidiaria de la sexta principal, que el valor a pagar se actualice con base en el IPC, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de su efectivo pago a favor de la Entidad que represento.*

***SÉPTIMA PRINCIPAL.** Con base en la declaración sexta principal, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite, a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura), liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo.*

***OCTAVA PRINCIPAL.** Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió el compromiso de pago para la adquisición de las fajas de terreno de propiedad del Ministerio de Defensa, en los términos del Adicional No. 1, en concordancia con lo establecido en las cláusulas 37 y 61 del Contrato de Concesión GG-040-2004.*

NOVENA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a favor de la Entidad que represento, los intereses de mora calculados a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio.*

Para el pago de estos intereses, habrán de calcularse sobre el valor de CATORCE MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($14.700'000.000) de enero de 2010[112] *y desde la fecha en que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tuvo que haber situado dicho valor en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso que administra los recursos del Proyecto Vial Bogotá Girardot, hasta que realice su pago efectivo a favor de la Entidad que represento.*

Primera Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión novena principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, calculados desde la fecha en que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tuvo que haber situado dicho valor en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso que administra los recursos del Proyecto Vial Bogotá Girardot, hasta que realice su pago efectivo a favor de la Entidad que represento.*

DÉCIMA PRINCIPAL. *Con base en la declaración que efectúe el H. Tribunal a la pretensión octava principal, se condene además a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente a la Entidad que presento, liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo.*

DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL. *Que se declarare que producto del incumplimiento y/o pago tardío en el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debidos a los trabajadores del Proyecto Vial Bogotá – Girardot, se han instaurado ante la jurisdicción laboral las siguientes demandas en contra de la Entidad que represento, así:*

No.	RADICADO	DEMANDANTE	DEMANDADO	CUANTIA APROXIMADA	DESPACHO JUDICIAL
1	2010-2094	Rubén Darío Ortiz	INCO	$10.207.376	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
2	2010-303	Ninfa Torres Ortega	INCO	$20.436.009	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
3	2010-275	Ferrer Buitrago Mateus	INCO	$20.488.388	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
4	2010-272	Hugo Erney Arguello	INCO	$16.922.058	Juzgado Primero Civil del Circuito

[112] Mes y año en el que se suscribió el Adicional No. 1 al Contrato de Concesión GG-040-2004.

					de Fusagasugá
5	2010-299	Jairo Espitia	INCO	$20.047.381	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
6	2010-305	Jorge Arturo Martínez Cortes	INCO	$40.459.020	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
7	2010-276	Hugo Jovanny Amortegui López	INCO	$24.979.331	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
8	2010-300	Juan Ariel González Cubillos	INCO	$24.975.222	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
9	2010-294	José Israel Cifuentes López	INCO	$23.657.987	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
10	2010-0270	Carlos Hernando León Virguez	INCO	$19.264.300	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
11	2010-0271	Edwin Fernando Moreno	INCO	$10.642.799	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
12	2010-297	Beyer Galindo Galvis	INCO	$10.621.511	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
13	2010-300	Guillermo León González	INCO	$32.771.446	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
14	2010-273	Edgar Molina Cruz	INCO	$26.767.277	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
15	2010-298	Néstor Parra	INCO	$18.980.341	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
16	2010-304	Luis Alfredo Rey	INCO	$19.140.843	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
17	25290310300220100391	José Joaquín Díaz	INCO	$9.447.316	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
18	25290310300220100292	José Omedo León Virguez	INCO	$18.018.591	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
19	25290310300220100290	Francisco José María Fuertes	INCO	$30.387.144	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
20	25290310300220100291	José Vicente María Tabio	INCO	$26.519.005	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
21	25290310300220100396	Jorge Luis Prieto	INCO	$5.142.800	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
22	25290310300220100326	Fabio Jovanny García	INCO	$22.199.073	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
23	25290310300220100307	Juan Rodríguez	INCO	$21.723.166	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
24	25290310300220100308	José Héctor Morales	INCO	$12.815.578	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
25	25290310300220100394	Pablo David García Pinzón	INCO	$27.166.308	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
26	25290310300220100301	José Luis Cacua	INCO	$40.459.020	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá

27	25290310300220100295	Jorge Hernán Vallejo	INCO	$24.527.279	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
28	25290310300220100289	Cesar Alfonso Díaz	INCO	$32317145	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
29	252903103 0022010-302	Luis Onorio Castillo	INCO	$10.839.225	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
30	252903103 0022010-0300	Jairo González López	INCO	$20.400.825	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
31	252903103 0022010-343	Hevert Rojas Romero	INCO	$48.795.349	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
32	252903103 0022010-0357	Pedro Ricardo Teusa	INCO	$24.137.623	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
33	252903103 0022010-0393	Jorge Abraham García Tabio	INCO	$17.297.577	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
34	252903103 0022010-0303	Benjamín Martínez Duran	INCO	$19.858.199	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
35	252903103 0022010-327	Jesús Alberto Goyeneche	INCO	$18.441.724	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
36	252903103 0022010-327	Ferney García Trujillo	INCO	$12.015.349	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá

DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal declare que se han generado para la Entidad que represento perjuicios ingentes que se concretan en los costos y gastos en los que ha tenido que incurrir, y los demás que se prueben en el presente trámite arbitral, así:*

1. *Atención de las demandas laborales instauradas por TREINTA Y SEIS (36) trabajadores del Proyecto Vial Bogotá Girardot contra el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, ante la jurisdicción laboral.*

2. *Atención de las peticiones, quejas y reclamos de los trabajadores del Proyecto Bogotá – Girardot por incumplimiento de los compromisos de pago pactados entre éstos y el Concesionario.*

3. *En el evento en que se condene judicialmente a la Entidad que represento dentro de los procesos instaurados en su contra por los trabajadores del Proyecto Vial Bogotá – Girardot, solicito al H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de las condenas que se declaren en las respectivas sentencias, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme la respectiva sentencia.*

DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL. *Con base en la declaración decima primera principal, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a pagar al INCO la suma que resulte probada dentro del presente trámite arbitral, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO.*

Para el pago de esta suma, solicito al H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa de interés más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, desde la fecha en que la Entidad que represento haya efectuado el pago hasta la fecha del pago efectivo a su favor.

Primera Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión décima tercera principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.*

Segunda Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión primera subsidiaria de la décima tercera principal, que el valor a pagar se actualice con base en el IPC.*

DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL. *Con base en los incumplimientos anotados y que se demostraran en este proceso, solicito que el H. Tribunal ordene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. la constitución de una garantía por valor de VEINTE MIL MILLONES DE PESOS ($20.000'000.000,oo), cuyos recursos serán tomados de la Subcuenta Principal de la Fiduciaria que administra los recursos del Proyecto Vial Bogotá Girardot para ser trasladados a una nueva subcuenta que se denominará "Garantías de Indemnidad" dentro del Fideicomiso, la cual tendrá por finalidad pagar, a simple requerimiento del INCO, cuando éste se vea requerido a pagar, desembolsar, asumir o garantizar cualquier obligación por contingencias generadas por cualquier incumplimiento de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.*

Primera Subsidiaria. *En el evento en que el Tribunal no acceda a la pretensión décima cuarta principal anterior, solicito que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., cuando el INCO sea llamado a responder, garantizar o pagar cualquier obligación que le corresponda a aquélla, a trasladar el monto reclamado de la Subcuenta Principal a la Subcuenta de Excedentes del INCO, previademostración de que éste último ha sido llamado a responder, garantizar o pagar cualquier obligación que le corresponda a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.*

Segunda Subsidiaria. *En el evento en que el Tribunal tampoco acceda a la pretensión primera subsidiaria de la pretensión décima cuarta principal, que el H.*

Tribunal ordene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a la constitución de una garantía de cumplimiento otorgada por una Compañía de Seguros del país o del exterior, con calificación AA+ o superior por valor de VEINTE MIL MILLONES DE PESOS ($20.000'000.000,oo) corrientes para que garantice las anteriores contingencias. Esta garantía durará por el plazo de las obligaciones y el de las prescripciones de las obligaciones contingentes a garantizar y será exigible a simple requerimiento del INCO.

DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL. *Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con la obligación contenida en los literales i) y ii) del numeral 3.1.3.2 de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública INCO-001-2003, en el sentido de mantener la composición accionaria de los integrantes del proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., durante todo el tiempo de ejecución del Proyecto Vial Bogotá – Girardot, una vez adjudicando.*

DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO, liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo.*

DÉCIMA SÉPTIMA PRINCIPAL. *Que se declare por el H.Tribunal que los mecanismos utilizados por la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., relativos a: i) la contabilización de una sobrefacturación de sus subcontratistas-accionistas, en forma directa o a través de Consorcios o Uniones Temporales, por valores que no corresponden a la real ejecución de obra, por valor de DOSCIENTOS QUINCE MIL CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($215.043'863.930,51); y ii)la desvinculación del Proyecto de los recursos provenientes del pago efectuado por mi mandante con la suscripción del Otrosí No. 15 de las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, para repartir utilidades entre sus accionistas por valor de CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($45.700'000.000,oo) sin antes terminar las obras que se le estaban remunerando con dicho pago; han producido desfinanciación del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot.*

DÉCIMA OCTAVA PRINCIPAL. *Que se declare por el H. Tribunal que: i) la contabilización de una sobrefacturación de sus subcontratistas-accionistas, en forma directa o a través de consorcios, por valores que no corresponden a la real ejecución de obra, por valor de DOSCIENTOS QUINCE MIL CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($215.043'863.930,51); y ii) la desvinculación del Proyecto de los recursos provenientes del pago*

efectuado por mi mandante con la suscripción del Otrosí No. 15 de las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, para repartir utilidades entre sus accionistas por valor de CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($45.700'000.000,oo) sin antes terminar las obras que se le estaban remunerando con dicho pago; son causa eficiente que ha dado lugar a la paralización o atraso de la gestión y adquisición de los predios requeridos para el Proyecto Bosa-Granada-Girardot , de la ejecución de las obras afectas a este Proyecto y en consecuencia de los incumplimientos en la entrega de las obras en los plazos pactados.

DÉCIMA NOVENA PRINCIPAL. *Con base en la declaración décima séptima y decimo octava, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite, a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente a la Entidad que represento, liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo.*

VIGÉSIMA PRINCIPAL. *Que el H. Tribunal declare que la Entidad que represento incurrirá en perjuicios ingentes relativos a todos los costos y pagos asociados al mayor tiempo y costos relativos a la interventoría y supervisión del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot que tendrá que sufragar por la mayor permanencia que se producirá en su Etapa de Construcción por causas imputables exclusivamente a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., con base en los incumplimientos declarados por mi mandante al cronograma de obra del Otrosí No. 19, a los plazos máximos para la terminación y entrega de los Trayectos 6, 7, 8 y 9 del Proyecto y al incumplimiento en el cronograma de obra del Otrosí 18.*

VIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a pagar a mi mandante, la suma que resulte probada dentro del presente trámite arbitral, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente ala Entidad que represento.*

Para el pago de esta suma, solicito al H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa de interés más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena hasta la fecha del pago efectivo a favor de la Entidad que represento.

Primera Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión vigésima primera principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993.*

Segunda Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión primera subsidiaria de la vigésima primera principal, que el valor a pagar se actualice con base en el IPC.*

VIGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL. *Que se declare por el H. Tribunal que se originará un beneficio económico injustificado y antijurídico a favor de la Concesión Autopista Bogotá Girardot por el efecto financiero del desplazamiento de las inversiones en el tiempo, al no entregar las obras para su puesta en operación en los plazos máximos contractualmente establecidos en el Contrato de Concesión GG-040-2004, recibiendo durante ese periodo los ingresos derivados de los peajes, generando con ello un desequilibrio en la ecuación económica del Contrato en detrimento de los intereses de mi mandante.*

VIGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal establezca una fórmula para el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión GG-040-2004 a favor de la Entidad que represento, al quebrarse la ecuación económica del mismo como consecuencia del advenimiento de los plazos máximos contractualmente establecidos para la terminación de las obras, sin que las mismas se hayan terminado a cabalidad y satisfacción para su consecuente entrada en operación del Proyecto Vial Bogotá – Girardot.*

Primera Subsidiaria. *En caso que el H. Tribunal no acceda a las pretensiones vigésima segunda principal y vigésima tercera principal, que se declare que el desplazamiento de las inversiones en el tiempo a cargo de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. producto del incumplimiento en la entrega de las obras en el tiempo debido para ello, producirá para mi mandante un daño antijurídico con los consecuentes perjuicios que se prueben dentro presente trámite y que solicito se paguen a mi mandante dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente a la Entidad que represento.*

Segunda Subsidiaria. *En caso de que el H. Tribunal no acceda a la pretensión primera subsidiaria a las pretensiones vigésima segunda y vigésima tercera principales, solicito que el Tribunal declare que el hecho de que el Concesionario continuara recibiendo el fruto de los peajes, aún en un monto mayor al previsto por la mayor generación de tráfico y al hecho que el Concesionario continuara recibiendo los ingresos provenientes de los aportes estatales representados en vigencias futuras, sin haber efectuado a su vez las inversiones de obra en los plazos contractualmente previstos, han generado para el Concesionario un enriquecimiento sin causa por el rendimiento que estos ingresos han producido durante el tiempo del incumplimiento en la fecha de entrega de las obras contractualmente pactadas.*

Tercera Subsidiaria: *Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los rendimientos generados o que se han debido generar durante el tiempo en que ha permanecido en incumplimiento para la entrega de las obras y a cualquier otro reconocimiento o indemnización que se pruebe dentro del presente trámite.*

VIGÉSIMA CUARTA PRINCIPAL. *Que se declare por H. Tribunal que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. recibirá un beneficio adicional, indebido y antijurídico por la menor ejecución de las labores de operación y mantenimiento que tendrá que realizar respecto del plazo total en el que obtendrá el ingreso esperado.*

VIGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal establezca una fórmula para el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión GG-040-2004 a favor de la Entidad que represento, al quebrarse la ecuación económica del mismo como consecuencia de la menor ejecución de las labores de operación y mantenimiento que le corresponderán hasta la obtención del ingreso esperado.*

Primera Subsidiaria. *En caso que el H. Tribunal no acceda a las pretensiones vigésima cuarta principal y vigésima quinta principal, que se declare que la menor ejecución de las labores de operación y mantenimiento que tendrá que efectuarla Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. producto del incumplimiento en la entrega de las obras en el tiempo debido para ello, producirá para mi mandante un daño antijurídico con los consecuentes perjuicios que se prueben dentro presente trámite y que solicito se paguen a mi mandante dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente a la Entidad que represento.*

Segunda Subsidiaria. *En caso de que el H. Tribunal no acceda a la pretensión primera subsidiaria a las pretensiones vigésima cuarta y vigésima quinta principales, solicito que el Tribunal declare que el hecho de que el Concesionario continuara recibiendo el fruto de los peajes, aún en un monto mayor al previsto por la mayor generación de tráfico y al hecho que el Concesionario continuara recibiendo los ingresos provenientes de los aportes estatales representados en vigencias futuras, sin haber efectuado a su vez las inversiones en los plazos contractualmente previstos que reducen el tiempo de ejecución de las labores de operación y mantenimiento respecto del plazo total de la concesión, han generado para el Concesionario un enriquecimiento sin causa por el rendimiento que estos ingresos han producido durante el tiempo del incumplimiento en la fecha de entrega de las obras contractualmente pactadas respecto del momento en que debió iniciar las labores de operación y mantenimiento.*

Tercera Subsidiaria: *Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los rendimientos generados o que se han debido generar durante el tiempo en que*

ha permanecido en incumplimiento para la entrega de las obras que generarán una menor ejecución de operación y mantenimiento respecto del plazo total de la concesión y a cualquier otro reconocimiento o indemnización que se pruebe dentro del presente trámite.

VIGÉSIMA SEXTA PRINCIPAL. *Que se declare en interpretación por el H. Tribunal, que la indexación de las tarifas de peaje a cobrar a los usuarios por la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. se realiza con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor – IPC calculado sobre los doce (12) meses anteriores al año a ajustar, esto es, de diciembre a diciembre, en los términos de lo establecido en el numeral 20.1 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión No. GG-040-2004.*

VIGÉSIMA SÉPTIMA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal declare que no hay lugar al pago de la compensación tarifaria de que trata la cláusula 21 del Contrato de Concesión No.GG-040-2004 a cargo de la Entidad que represento.*

VIGÉSIMA OCTAVA PRINCIPAL. *Con base en la declaración a la pretensión vigésima sexta principal, se condene ala Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del costo de oportunidad del dinero en el tiempo, por la diferencia cobrada en el mayor valor de las tarifas de peaje inadecuadamente indexadas en los años 2005 y 2006.*

VIGÉCIMA NOVENA PRINCIPAL. *Que el H. Tribunal ordene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. el pago por valor de CUATRO MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($4.050'000.000,oo) de diciembre de 2002 por la no construcción de los puentes peatonales y correspondientes paraderos contratados en el alcance básico del Contrato de Concesión No. GG-040-2004, en los plazos máximos previstos para ello, junto con los intereses de mora calculados a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la fecha en que debió efectuar el respectivo traslado en los términos de los numerales 3.1.1.7 y 3.1.1.8 del Apéndice 2 del contrato, hasta la fecha de su efectivo pago a la Entidad que represento.*

Primera Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión vigésima sexta principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.*

Segunda Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión primera subsidiaria de la vigésima sexta principal, que el valor a pagar se actualice con base en el IPC.*

TRIGÉSIMA PRINCIPAL. *Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con su obligación de aportar el valor de VEINTITRÉS MIL CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIETOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($23.136'713.459,oo) de octubre de 2009 a la Subcuenta de Predios, en los términos del numeral 4° de la cláusula primera del Adicional No. 1, en concordancia con lo establecido en la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004.*

TRIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal ordene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. el pago de dicho valor actualizado a la tasa pactada en el modelo financiero del Adicional No. 1 con el fin de restablecer el equilibrio económico del mismo.*

TRIGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL. *Con base en la declaración trigésima y trigésima primera principales, que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a favor de la Entidad que represento, los intereses de mora calculados a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio.*

Para el pago de estos intereses, habrán de calcularse sobre el valor de VEINTITRÉS MIL CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($ 23.136'713.459,oo) de octubre de 2009 y a partir de la fecha en que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tuvo que haber situado dicho valor en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso que administra los recursos del Proyecto Vial Bogotá Girardot, hasta que realice su pago efectivo a favor de la Entidad que represento.

Primera Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión vigésima octava principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, calculados desde la fecha en que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tuvo que haber situado dicho valor en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso que administra los recursos del Proyecto Vial Bogotá Girardot, hasta que realice su pago efectivo a favor de la Entidad que represento.*

TRIGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL. *Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. ha recibido un beneficio financiero injustificado por el efecto del desplazamiento de las inversiones producto de la celebración de los Otrosí No. 8 y Otrosí No. 19 del Contrato de Concesión No.GG-040-2004, estimado en TREINTA Y CINCO MIL MILLONES DE PESOS ($35.000'000.000,oo) corrientes, generando con ello un desequilibrio a la ecuación económica del Contrato en detrimento de los intereses de mi mandante.*

TRIGÉSIMA CUARTA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal establezca una fórmula para el restablecimiento del equilibrio*

económico del Contrato de Concesión GG-040-2004 a favor de la Entidad que represento, al quebrarse la ecuación económica del mismo al celebrarse al Otrosí No. 19.

Primera Subsidiaria. *En caso de que el H. Tribunal no acceda a las pretensiones trigésima tercera y trigésima cuarta principales, solicito que el Tribunal declare que el hecho de que el Concesionario continuara recibiendo el fruto de los peajes, aún en un monto mayor al previsto por la mayor generación de tráfico y al hecho que el Concesionario continuara recibiendo los ingresos provenientes de los aportes estatales representados en vigencias futuras, desplazando las inversiones en los plazos contractualmente previstos en el Otrosí No. 19, generó para el Concesionario un enriquecimiento sin causa por el rendimiento que estos ingresos han producido durante el tiempo del desplazamiento de las inversiones pactadas en dicho otrosí.*

Segunda Subsidiaria: *Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los rendimientos generados que se han debido generar durante el tiempo en que desplazó la entrega de las obras en virtud de la celebración del Otrosí No. 19.*

TRIGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL. *Que se declare los que la tasa interna de retorno y la inflación tenidas en cuenta al momento de celebrar el Otrosí No. 15 con el que se pagaron las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, generaron un beneficio injustificado para la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.*

TRIGÉSIMA SEXTA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal establezca una fórmula para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. GG-040-2004.*

TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRINCIPAL. *Condenar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los gastos, agencias en derecho, honorarios de abogados y demás costas procesales generadas en virtud del presente trámite arbitral."*

5. LOS HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda de reconvención reformada son los especificados a folios 34 a 86 del Cuaderno Principal No. 4.

6. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Según se relató en el capítulo de antecedentes, la parte convocante y convocada en reconvención dio oportuna contestación a la demanda de reconvención[113], oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, admitiendo otros como parcialmente ciertos y negando los restantes. Adicionalmente formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. CUMPLIMIENTO DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. EN LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIDAD PREVISTA EN LA CLÁUSULA 37 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. GG-040-2004

2. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN MATERIA PREDIAL POR PARTE DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.

3. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN MATERIA PREDIAL

4. ALEA ANORMAL DEL RIESGO DE FINANCIACIÓN PREDIAL A CARGO DEL CONCESIONARIO

5. RIESGO PREDIAL A CARGO DEL INCO

6. CUMPLIMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. EN MATERIA LABORAL

7. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD LABORAL CON LOS SUBCONTRATISTAS DE LA CONCESIÓN BOGOTÁ – FUSA

8. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE LA CONCESIÓN BOGOTÁ GIRARDOT S.A. DE MANTENER LA COMPOSICIÓN ACCIONARIA

9. ERROR JURÍDICO DEL INCO AL CONFUNDIR LIBRE NEGOCIABILIDAD DE ACCIONES CON CESIÓN DEL CONTRATO

10. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CIERRE FINANCIERO POR PARTE DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.

11. PACTA SUNT SERVANDA

12. EL INCO ESTÁ YENDO CONTRA SUS PROPIOS ACTOS

13. MALA FE PROCESAL

[113] Folios 269 a 451 del Cuaderno Principal No. 2.

14. EXCEPCIÓN GENÉRICA

La parte convocante no dio oportuna contestación a la demanda de reconvención reformada[114].

7. LOS LLAMIENTOS EN GARANTÍA

Como se relató en el capítulo de antecedentes, la parte convocada formuló llamamiento en garantía a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, sociedades que se vincularon al trámite como llamados en garantía.

A. Llamamiento en garantía a CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES

En el llamamiento en garantía subsanado la parte convocada precisó sus pretensiones así.

> *"Los hechos anteriormente señalados vinculan a la sociedad CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES SEGUROS CONDOR S.A., respecto de los incumplimientos a las obligaciones adquiridas en virtud de la suscripción del Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. GG-040-2004, del 21 de febrero de 2010, por parte de su asegurado, CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., y que se debaten en el presente trámite arbitral, específicamente, en lo que hace a las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención presentada el 1° de diciembre de 2011 ante el H. Tribunal y que seguidamente se transcribe; frente a las cuales la entidad que represento espera obtener el reconocimiento de los perjuicios y/o condenas, según corresponda (...)".*

Las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención transcritas por la convocante son: octava principal, novena principal, primera subsidiaria de la novena principal, décima principal, décima primera principal, décima segunda principal, décima tercera principal, primera subsidiaria de la décima tercera principal, segunda subsidiaria de la décima tercera principal, vigésima pricipal, vigésima primera principal, primera subsidiaria de la vigésima primera principal, segunda subsidiaria de la vigésima primera principal, trigésima principal, trigésima primera principal, trigésima segunda principal, primera subsidiaria de la trigésima segunda principal.

[114] Auto del 24 de enero de 2012, Acta No. 13, folios 310 a 316 del Cuaderno Principal No. 5.

Los hechos que sustentan las pretensiones de este llamamiento en garantía son los especificados a folios 369, 370, 371 y 379 a 408 del Cuaderno Principal No. 5.

CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES dio oportuna contestación al llamamiento en garantía[115], oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando los restantes. Adicionalmente formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA ASEGURADORA POR NO DEMOSTRARSE LA OCURRENCIA Y CUANTÍA DEL SINIESTRO
2. FALTA DE DEMOSTRACIÓN DEL SINIESTRO
3. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DEL ASEGURADO HACE IMPROCEDENTE EL LLAMIENTO EN GARANTÍA
4. COBRO DE LO NO DEBIDO
5. FALTA DE COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO CON REFERENCIA AL LLAMIENTO EN GARANTÍA
6. LIMITE DE RESPONSABILIDAD
7. EXCEPCIÓN GENÉRICA

B. Llamamiento en garantía a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.

En el llamamiento garantía subsanado la parte convocada precisó sus pretensiones así.

> *"Los hechos anteriormente señalados vinculan a la sociedad SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR S.A., respecto de los incumplimientos a las obligaciones adquiridas en virtud de la suscripción del Otrosí No. 18 al Contrato de Concesión No. GG-040-2004, del 24 de abril de 2009, por parte de su asegurado, CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., y que se debaten en el presente trámite arbitral, específicamente, en lo que hace a las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención presentada el 1º de diciembre de 2011 ante el H. Tribunal y que seguidamente se transcribe; frente a las cuales la entidad que represento espera obtener el reconocimiento de los perjuicios y/o condenas, según corresponda (...)".*

Las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención transcritas por la convocante son: décima primera principal, décima segunda principal, décima tercera principal, primera subsidiaria de la décima tercera principal, segunda

[115] Folios 48 a 66 del Cuaderno Principal No. 7.

subsidiaria de la décima tercera principal, vigésima pricipal, vigésima primera principal, primera subsidiaria de la vigésima primera principal, segunda subsidiaria de la vigésima primera principal.

Los hechos que sustentan las pretensiones de este llamamiento en garantía son los especificados a folios 415, 416, y 422 a 445 del Cuaderno Principal No. 5.

SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. dio oportuna contestación al llamamiento en garantía [116], oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, admitiendo otros como parcialmente ciertos y negando los restantes. Adicionalmente formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, EN ATENCIÓN A LAS CONDICIONES DE EJECUCIÓN DEL MISMO
2. DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO
3. INEXISTENCIA DE AMPARO – NO CONCURRENCIA DE SINIESTRO
4. PÉRDIDA DEL DERECHO A SER INDEMNIZADO, POR AGRAVACIÓN DEL RIESGO
5. LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD POR COEXISTENCIA DE COASEGURO

III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

Síguese del recuento efectuado en los apartes precedentes que la relación procesal existente en el caso presente se constituyó regularmente, que se encuentran reunidos los presupuestos procesales, y que en el desenvolvimiento de la misma no se configura defecto alguno que, por tener la trascendencia legalmente requerida para invalidar en todo o en parte la actuación surtida y no haberse saneado, imponga darle aplicación al Art. 145 del C de P.C. o al Art. 137 del Código General del Proceso, motivos estos por fuerza de los cuales hay lugar a decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las sociedades convocante y convocada, y para tal fin son conducentes las siguientes

CONSIDERACIONES

1. CAPACIDAD

[116] Folios 1 a 46 del Cuaderno Principal No. 7.

Son partes en este proceso por una parte la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., sociedad debidamente constituida, la que ha comparecido al proceso por conducto de su apoderado judicial debidamente constituido, y por la otra la Agencia Nacional de Infraestructura (antes el Instituto Nacional de Concesiones - INCO), entidad pública, debidamente representada, la que ha comparecido a través de varios apoderados, debidamente constituidos.

2. INEPTA DEMANDA

En su escrito de contestación la parte demandada formuló la excepción de inepta demanda, bajo dos aspectos: la falta de requisitos formales previstos por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y la indebida acumulación de pretensiones. Por consiguiente procede el Tribunal a examinar dicha excepción.

A. Falta de requisitos formales

i. Posición de la demandada

En su contestación a la demanda reformada al formular su excepción la demandada expresó que en la demanda existe una omisión por parte del Concesionario de los requisitos formales de que trata el artículo 75 del C.P.C.

Expresa la demandada que el numeral Noveno de las Pretensiones Declarativas de Interpretación del Contrato del escrito de reforma de la demanda del Concesionario, además de ser confuso, atenta contra el derecho de defensa de su representada y abre camino para cometer abusos, en la medida en que impide que pueda controvertirse. A tal efecto expresa que dicha pretensión se refiere a las declaraciones 9 y 10 anteriores, las que no existen en el escrito de reforma.

Por otra parte, señala la demandada respecto del Hecho Sexagésimo Primero de la reforma de la demanda que su contenido es absolutamente incomprensible, toda vez que se encuentra incompleta la idea que se trata de esbozar. Señala entonces que ello va en evidente vulneración del debido proceso (Artículo 29 C.N.) y el derecho de defensa, por cuanto, al no determinar debidamente el hecho, deviene imposible para la demandada asentirlo, refutarlo y/o contraprobarlo.

Agrega adicionalmente que en los Fundamentos de Derecho de la reforma de la demanda se introducen nuevos hechos que no se vislumbran en el acápite de

Hechos que deben fundamentar las pretensiones, lo cual no corresponde a lo enunciado en el artículo 75 del C.P.C. e, igualmente, atenta contra el derecho de defensa de la entidad demandada.

ii. Posición de la convocante

Por su parte, la convocante se opone a las afirmaciones de la convocada y sostiene que la reforma a la demanda se ajusta a las normas del Código de Procedimiento Civil. A tal efecto, en cuanto a la referencia que se hace en el numeral 9º de las pretensiones declarativas de interpretación del contrato, señala que se puede inferir que el incumplimiento que allí se menciona se refiere a las pretensiones anteriores. Agrega que la demanda debe ser examinada como un todo. Expresa así mismo que no se viola el derecho al debido proceso y la defensa del demandado y que en todo caso debe prevalecer el derecho sustancial sobre lo formal. De otro lado manifiesta que no es cierto que se hayan incluido nuevos hechos en los fundamentos de derecho.

iii. Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, debe señalar el Tribunal que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia una de las causas de sentencia inhibitoria es la falta de demanda en forma[117]. Ahora bien, sobre la sentencia inhibitoria ha dicho la Corte Constitucional que como quiera que el derecho de acceso a la justicia implica que se adopte una decisión sobre la controversia sometida a decisión, la sentencia inhibitoria sólo procede de manera excepcional cuando el juez no tiene otra alternativa. En efecto, en sentencia C-666 de 1996 la Corte expresó:

> *"El derecho constitucional fundamental al debido proceso se funda, entre otros aspectos, en la garantía de que, sometido un asunto al examen de los jueces, se obtendrá una* ***definición*** *acerca de él, de donde se desprende que normalmente la sentencia tiene que plasmar la sustancia de la resolución judicial. Hacerla aparente o formal implica, por tanto, la innegable*

[117] En sentencia del 6 de junio de 2013 Ref.: exp. 11001-0203-000-2008-01381-00 dijo la Corte Suprema de Justicia:*"Corresponde pues pronunciar sentencia inhibitoria cuando en el proceso faltan los presupuestos atinentes a la capacidad para ser parte y a la demanda en forma; no los referentes a la competencia del juez o a la capacidad procesal, pues estos dos aspectos, por estructurar también causales de nulidad, conducen preferencialmente a invalidar la actuación"* (fallo de casación de 12 de enero de 1976, G.J. 2393, t. CCII, pág.9, citado en sentencias de 21 de marzo de 1991, G.J. 2447, T. CCVIII, pág. 212, 20 de octubre de 2000, exp. 05682, entre otras).

violación de aquél, ya que deja al interesado a la expectativa, contrariando la razón misma del proceso.

"La inhibición no justificada o ajena a los deberes constitucionales y legales del juez configura en realidad la negación de la justicia y la prolongación de los conflictos que precisamente ella está llamada a resolver.

"En otros términos, la inhibición, aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella" (se subraya).

Por consiguiente, para que pudiera declararse probada una excepción de inepta demanda en un proceso arbitral, y por ello proferir fallo inhibitorio, es indispensable que se pueda establecer que la demanda tiene tales defectos que hace imposible un pronunciamiento de fondo.

Es claro que los defectos de la reforma de la demanda que invoca la demandada no tienen tal entidad, porque con una interpretación razonable de las pretensiones y el análisis de los hechos planteados se advierte claramente el sentido de la demanda y la posibilidad de resolver sobre ella, como se verá al decidir las diferentes pretensiones. En efecto, para el Tribunal es claro que la pretensión 9 de la reforma de la demanda, en la que se invoca la excepción de contrato no cumplido, al referirse a las pretensiones 8 y 9, alude a las pretensiones inmediatamente anteriores en las que se reclama un incumplimiento de la entidad concedente, que por su naturaleza constituye el fundamento de la excepción mencionada. En cuanto a la imprecisión del hecho 61 de la reforma, que señala: *"El día 14 de septiembre de 2009 la Concesión envió comunicación No. CABG-IN-0448-09 a través de la cual señala que el"*, es claro que en el mismo se alude al envío el día 14 de septiembre de 2009 de la comunicación No. CABG-IN-0448-09, y es a tal circunstancia que debe entenderse referida la reforma.

A todo lo anterior ha de agregarse que el auto que admitió la demanda y contra el cual la demandada hubiera podido formular recurso de reposición si consideraba que la demanda era inepta, no fue objeto de reproche alguno.

Por tal razón se negará la excepción 11 de inepta demanda por incumplimiento de los requisitos del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.

B. Indebida acumulación de pretensiones

i. Posición de la parte convocada

Expresa la convocada en su contestación a la reforma de la demanda que ha habido una indebida acumulación de pretensiones en la reforma de la demanda, por cuanto en ella se solicita en su pretensión octava declarativa se declare el incumplimiento de la convocada en el pago de la indexación tarifaria. .

A este respecto señala la demandada que de acuerdo con lo establecido en el numeral 20.3 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión GG-040-2004, el mecanismo idóneo que debió utilizar la demandante para la absolución de su pretensión es el del Amigable Componedor, por lo que las diversas pretensiones no pueden acumularse porque no pueden tramitarse por el mismo procedimiento, pues unas deben tramitarse por amigable composición y otras por arbitramento.

ii. Posición de la parte convocante

La parte convocante se opone a lo expresado por la demandada y manifiesta que en diversas ocasiones solicitó al INCO la aplicación del mecanismo de amigable composición, a lo cual se negó la entidad manifestando que a las entidades estatales no les era aplicable el mecanismo de amigable composición. Por ello señala que se busca que el Tribunal arbitral resuelva la controversia entre las partes incluyendo la negativa del INCO al acceso a la amigable composición. Agrega que posteriormente el INCO cambió de posición y consideró que el mecanismo de amigable composición sí era viable.

iii. Consideraciones del Tribunal

La excepción tal como fue formulada supone que el Tribunal no puede pronunciarse sobre la controversia relativa a indexación tarifaria. Al respecto considera el Tribunal que la posibilidad de que el mismo pueda pronunciarse sobre una controversia deriva de que ella se refiera a una materia disponible y que las partes hayan habilitado al Tribunal, a través de una cláusula compromisoria o un compromiso, para decidirla, en ausencia de lo cual carece de competencia. Por lo anterior, desde el punto de vista de la ley arbitral, cuando se sostiene que el Tribunal no puede pronunciarse sobre un determinado asunto lo que debe examinarse es si tiene o no competencia. Así las cosas el Tribunal

procederá a analizar si es o no competente respecto del aspecto señalado por la demandada.

3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A. Competencia del Tribunal para conocer sobre las pretensiones 15, 16 y Declarativas Consecuenciales de la Demanda Arbitral

i. Las pretensiones:

En la demanda arbitral la demandante formula las siguientes pretensiones:

> *"**15. DECLARAR** que el **INCO** incumplió gravemente el Contrato de Concesión No. GG-040-2004, al proceder a ordenar disminuciones de ingresos a la Fiduciaria de Occidente sin el respeto y cumplimiento a la cláusula 29 y 60 del Contrato de Concesión.*
>
> *"**16. DECLARAR** en consecuencia que el INCO vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho de defensa de mi representada."*
>
> ***II. DECLARATIVAS CONSECUENCIALES***
>
> *Como consecuencia de las anteriores declaraciones:*
>
> 1. ***DECLARAR** que la **CONCESIÓN** cumplió el Contrato de Concesión GG-040-2004 respecto de las obligaciones a que se refiere la interventoría en sus oficios:*
>
> ***Respecto a la asunción de la gestión predial a cargo del Concesionario:***
>
> *21. Concol 26 de noviembre de 2009 01-6150-2009*
>
> *22. Concol 29 de enero de 2010 01-0510-2010*
>
> *23. Concol 2 de marzo de 2010 01-1108-2010*
>
> *24. Concol 3 de marzo de 2010 01-1122-2010*
>
> *25. Concol 8 de marzo de 2010 01-1222-2010*
>
> *26. Concol 5 de abril de 2010 01-1721-2010*

27. Concol 15 de abril de 2010 01-1934-2010

28. Concol 10 de mayo de 2010 01-2421-2010

29. Concol 16 de junio de 2010 01-3207-2010

30. Concol 17 de enero de 2011 No. 01-0260-2011

31. Concol 25 de febrero de 2011 01-1147-2011

Respecto a las Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión GG-040-2004:

32. Concol 31 de mayo de 2010 01-3001-2010

Respecto al alcance de las facultades del Interventor frente a las obligaciones de los subcontratistas.

33. Concol 10 de agosto de 2010 01-4482-2010

Respecto a la constitución de garantías de estabilidad, subtrayectos 7 A, 7C, 8 A, 9B y 10.

34. Concol 10 de mayo de 2009 01-2406-2009

35. Concol 1 de julio de 2009 01-3181-2009

36. Concol 6 de agosto de 2009 01-4026-2009

37. Concol 27 de Septiembre de 2009. 01-6290-2009

38. Concol 21 de junio de 2010 01-3410-2010

39. Concol 21 de septiembre de 2010 01-5414-2010

40. Concol 23 de septiembre de 2010 01-5475-2010

2. ***DECLARAR*** *que el INCO vulneró el debido proceso contractual al ordenar –directa y a través del interventor- las disminuciones de ingreso realizadas en ejecución del contrato, al no permitir al CONCESIONARIO dirimir la controversia mediante a través del amigable componedor, INCUMPLIENDO gravemente el contrato."*

ii. Posición de la convocada

En el escrito de contestación a la reforma de la demanda arbitral, la entidad pública convocada formuló sobre este asunto tres excepciones de mérito identificadas como 6, 7 y 8, argumentando mediante las dos últimas que el Tribunal carece de competencia para pronunciarse y decidir sobre las pretensiones consecuenciales 1 y 2, por cuanto las mismas –a juicio suyo– se refieren a la aplicación de disminuciones de la remuneración, aspecto que fue excluido del conocimiento de la Justicia Arbitral en la cláusula compromisoria.

A tal efecto se refirió al numeral 60.5 de la cláusula 60 del Contrato de Concesión que contiene la cláusula compromisoria, la cual dispone que *"La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento. Tampoco se someterá a arbitramento las controversias sobre la aplicación de las disminuciones a la remuneración del Concesionario establecidas en este Contrato"*. (se subraya)

Señala que con las pretensiones de la demanda se busca, vía interpretación, establecer el alcance de las obligaciones del Concesionario respecto de la gestión predial y su financiación, para determinar por ese camino lo siguiente: la inaplicabilidad del cronograma de obra que actualmente se encuentra vigente en los términos del numeral 34.4. de la cláusula 34 del Contrato de Concesión GG-040-2004 y el cual ya presenta unos atrasos importantes respecto de los plazos máximos señalados en el numeral 9.4 de la cláusula 9 ibídem; el alcance de las obligaciones del Concesionario relacionadas con el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores de sus subcontratistas para con base en ello, se determine igualmente el alcance de las funciones de la Interventoría en dicha materia; el cumplimiento de las actividades de corrección del índice de Estado, y el cumplimiento del otorgamiento de la garantía de estabilidad del Trayecto y subtrayectos a los que refiere en su escrito de demanda.

Señala la demandada que cada uno de dichos aspectos ha sido objeto de disminuciones de ingreso de conformidad con el Contrato de Concesión GG-040-2004, de lo cual da cuenta cada uno de los oficios y comunicaciones en que la misma convocante se sustenta.

Agrega que si, vía interpretación, lo que se pretende es que no se declaren o invoquen los incumplimientos generadores de una eventual caducidad, se transgrediría el orden jurídico y la voluntad de las partes que excluyeron – como se vio- esta potestad de la justicia arbitral.

A su vez, en la excepción de mérito 6 (vi), se solicita al Tribunal que desestime las pretensiones declarativas 15 y 16 y las declarativas consecuenciales 1 y 2, aduciéndose al respecto que con estos pedimentos, la convocante pretende rebatir ante el Tribunal unos incumplimientos contractuales que dieron lugar a la aplicación de unas disminuciones a la remuneración, cuya imposición debió controvertirse en su momento a través del mecanismo de la amigable composición, el cual no fue impulsado oportunamente por la sociedad concesionaria.

iii. Posición de la Convocante

Señala la convocante que está establecida la competencia del Tribunal. Agrega que de conformidad con la ley la cláusula arbitral es autónoma, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las providencias que menciona. Expresa que si en aplicación del principio Kompetenz - Kompetenz le está dado a los árbitros decidir sobre la validez y existencia del contrato que contiene la cláusula compromisoria que los habilita, igualmente tienen competencia para pronunciarse sobre la validez de una de las cláusulas del contrato respecto de la cual haya surgido alguna controversia, competencia que le ha sido concedida en la cláusula compromisoria.

Destaca que el concesionario fue el que convocó el amigable componedor con el fin de dirimir los conflictos derivados de los procesos de disminución de ingresos, sin embargo fue el INCO quien señaló que no era viable la aplicación de dicho mecanismo, tal y como lo reseñan diversas comunicaciones que identifica en su escrito.

Agrega, adicionalmente, que en gran número de las controversias se presentaron disparidades respecto del alcance obligacional de las partes, como es el caso de la obligación predial, siendo competente tal y como lo señala la cláusula 60 del Contrato de Concesión GG-040-2004, el Tribunal de Arbitramento que se erige como autoridad encargada de la interpretación.

iv. Posición del Ministerio Público

La señora Agente del Ministerio Público en su concepto final señala:

> *"El Decreto 1818 de 1998, normativa que compone el marco legal del presente arbitraje, en su artículo 119 dispone, frente a la creación del compromiso arbitral lo siguiente: (...)*

En resultado de lo la anterior disposición y a efectos de la Cláusula 60 del contrato numeral 60.5.6. "(...) La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento. Tampoco se someterá a arbitramento las controversias sobre la aplicación de las disminuciones a la remuneración del Concesionario establecidas en este Contrato (...)" (Negrilla fuera de texto), las partes mediante Cláusula Compromisoria pactaron y limitaron el ámbito de competencia del tribunal, excluyendo de su estudio toda controversia que nazca de las disminuciones al precio del contrato.
(...)

Así las cosas, considera esta Agente del Ministerio Público que a pesar de que dentro del pacto compromisorio no existe una limitación de la competencia del Tribunal frente a los asuntos que tienen que ver con el índice de estado de la obra, no obstante encuentra que ciertamente dicho asunto está indudablemente correlacionado con el efecto de las disminuciones a la remuneración del contrato, por lo que estima que no es posible que el Tribunal pase por alto dicho "nexo causal", en el sentido de que, se termine pronunciando frente al índice de estado de la obra y paralelamente resulte haciendo un pronunciamiento, así sea superficial sobre las citadas disminuciones."

v. Consideraciones del Tribunal

Para resolver considera el Tribunal lo siguiente:

Teniendo en cuenta los pedimentos formulados por la parte convocante en relación con las denominadas disminuciones de la remuneración, así como las excepciones planteadas por la entidad pública demandada sobre este asunto en particular, es determinante para el Tribunal abordar en principio la "*cuestión de competencia*"[118] que frente a esta materia se ha suscitado, lo cual permitirá establecer si hay o no lugar a resolver de fondo las respectivas pretensiones declarativas y consecuenciales.

La competencia arbitral refiere al imperio o jurisdicción que de manera convencional otorgan las partes a un árbitro o tribunal de arbitraje, razón por la cual se ha considerado que se trata de una competencia de atribución[119], habida

[118] *"Llamamos cuestión de competencia, tratándose de los árbitros, a todo problema que se suscite en orden a la extensión de sus poderes. Cada vez que se ponga en duda, no ya la jurisdicción del tribunal arbitral, sino su competencia, la medida o amplitud de sus poderes, se plantea una cuestión de competencia."* (AYLWIN AZÓCAR, Patricio: El Juicio Arbitral, 6ª edición, La Ley – Thomas Reuters, Santiago de Chile, 2014, pp. 443)
[119] MERINO MERCHÁN, José F. CHILLÓN MEDINA, José Ma: Tratado de Derecho Arbitral, 3ª edición, Thomson – Civitas, Navarra, 2006, pp. 548.

cuenta que "*... no viene predeterminada prima facie por la ley, como ocurre con el Juez del Estado, sino por la voluntad de las partes*"[120].

Ciertamente, son las partes contratantes quienes tienen la capacidad de someter a arbitraje las controversias que lleguen a generarse en el marco de su relación contractual, voluntad que se concreta mediante la suscripción de un pacto o convenio arbitral que contiene y expresa su deseo de someter a la decisión de un Tribunal de Arbitraje las diferencias presentes o futuras que tuvieren origen en la celebración, desarrollo o fenecimiento de su negocio jurídico.

El arbitramento tiene lugar, entonces, "*... cuando las partes optan voluntariamente por este particular cauce de resolución de controversias*"[121], renunciando de esta forma a la jurisdicción del Estado representada en el juez ordinario. Esta decisión se contempla en el respectivo pacto arbitral, por el cual las partes acuerdan someter sus diferencias al arbitraje para que éstas sean dirimidas de manera definitiva por uno o más árbitros, según corresponda.

El convenio arbitral se erige en estos términos como institución primordial en materia de arbitraje, pues, sea a título de compromiso o de cláusula compromisoria[122], constituye el origen de la competencia jurisdiccional de los árbitros que de manera temporal les atribuyen las partes, quienes de esta forma

---

[120] Ibídem.

[121] CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María: Los Principios Procesales en el Arbitraje, J.M. Bosch Editor, Zaragoza, 2000, pp. 67.

[122] "*1.3 El pacto arbitral puede revestir una de las dos modalidades, la cláusula compromisoria o el compromiso.*

"Mediante la cláusula compromisoria las partes acuerdan solucionar total o parcialmente eventuales diferencias que puedan suscitarse en relación con un contrato que hubieren celebrado. En este caso defieren en el proceso arbitral la solución de un litigio que llegare a surgir entre ellos (inciso 2° artículo 2° Decreto 2279 de 1989).

"La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato con la finalidad de procurar solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. De consiguiente, no podrán someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación alguna con dicho contrato. Esto quiere decir, que la cláusula compromisoria debe haberse pactado previamente a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen ya sea en el mismo contrato, ya en acto separado en el que se designen las partes y se determine el contrato.

"Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente.

"1.4. Por su parte, el compromiso se pacta con ocasión de un conflicto surgido entre dos o más personas sin importar que esto ocurra antes o después de iniciado el proceso judicial (inciso 3° artículo 2° del Decreto 2279 de 1989). Ello equivale a decir que se requiere la existencia de un litigio determinado, relacionado o no con un vínculo contractual, y que desde luego no es potencial o eventual, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la cláusula compromisoria, en la que se pacta acogerse a todo un procedimiento para la solución de un litigio eventual surgido de un contrato celebrado." (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 838 de veinticuatro (24) de junio de 1995, C.P. Roberto Suárez Franco)

se obligan a someter la respectiva controversia al conocimiento de la justicia arbitral y a cumplir o acatar la decisión que al respecto llegue a proferirse.

Entendiendo que la habilitación de la justicia arbitral está dada por la suscripción del pacto arbitral, debe ser éste el punto de partida de todo estudio encaminado a determinar el alcance de la competencia de los árbitros en relación con un caso concreto, toda vez que es allí donde se definen las condiciones que regirán el respectivo tribunal, así como los asuntos que serán materia arbitrable de conformidad con la Constitución Política y la Ley. En palabras del H. Consejo de Estado, "... *el primer elemento que debe valorarse para establecer la sujeción de la decisión arbitral al ámbito de su competencia es el pacto arbitral, que puede estar contenido en una cláusula compromisoria o en un compromiso, ya que del mismo se deriva la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, como también la materia respecto de la cual ha de darse el pronunciamiento*"[123] –subraya el Tribunal–.

En el *sub judice*, las partes suscribieron pacto arbitral a manera de cláusula compromisoria en la cláusula 60.5 del contrato de concesión No. GG-040-2004, estipulación en la cual acordaron expresamente que las divergencias que llegaren a surgir con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de su relación contractual, que no pudieran resolverse amigablemente o a través de un amigable componedor o para las que no se estableciera un mecanismo de solución distinto, éstas serían sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

A renglón seguido, se definieron las pautas o condiciones a las que estaría sujeto el respectivo Tribunal, precisándose explícitamente que no sería objeto de conocimiento y decisión de los árbitros lo atinente a la aplicación y los efectos de las cláusulas exorbitantes de caducidad, terminación, interpretación y modificación unilaterales, así como las controversias referidas a la aplicación de las denominadas disminuciones a la remuneración contempladas en el texto contractual. En la referida cláusula 60.5 se estipuló lo siguiente:

> "*60.5. Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, que no sea posible solucionar amigablemente o a través del Amigable Componedor o para la cual este Contrato no prevea mecanismos de solución distintos, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las reglas que adelante se establecen. En caso de discrepancias entre las partes sobre si un determinado asunto deba ser sometido a amigable composición por el*

[123] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de dos (2) de mayo de 2002, Exp. 20.472, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Amigable Componedor, o a Tribunal de Arbitramento, será el INCO quien decidirá el punto.

"60.5.1. El arbitraje será institucional.

"60.5.2. Las partes acuerdan designar para el efecto al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá.

"60.5.3. El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, escogidos de común acuerdo por las partes. En caso de desacuerdo serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

"60.5.4. Los árbitros decidirán en derecho.

"60.5.5. [Modificado por el Otrosí No. 20 de diez (10) de febrero de 2001] El Tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1989 (sic) y por las demás normas que lo adicionen, modifiquen o reemplacen; con excepción de lo atinente a la fijación de los honorarios del Tribunal que se regulará por lo previsto en el numeral 60.5.9 de la presente cláusula.

"60.5.6. La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento. ***Tampoco se someterá a arbitramento las controversias sobre la aplicación de las disminuciones a la remuneración del Concesionario establecidas en este Contrato****.*

"60.5.7. Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables.

"60.5.8. La intervención del Amigable Componedor o del Tribunal de Arbitramento, no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia. (...)" –Subraya y negrita del Tribunal–

La cláusula compromisoria así concebida por las partes es la que habilita la competencia jurisdiccional de este Tribunal de Justicia. Ahora, revisando su contenido, se destacan dos aspectos allí contemplados que tienen relevancia frente al *sub lite*, a saber:

En primer lugar, se trata de las etapas previas contempladas por las partes como *condicionamiento* para acudir a la justicia arbitral, conforme a lo cual, las partes someterían a arbitraje las divergencias relacionadas con la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no fuere posible solucionar

amigablemente o a través del mecanismo de la amigable composición o para las que no se hubiere previsto un mecanismo de solución diferente.

Pudiera entenderse de esta forma que, previo a comparecer ante la justicia arbitral, las partes debían agotar inexcusablemente una etapa de acercamiento directo a fin de solucionar amigablemente sus diferencias. Sin embargo, debe considerarse que si bien es cierto que los contratantes –en el libre ejercicio de su voluntad– tienen la capacidad de contemplar estos espacios y adelantar las etapas que consideren prudentes antes de acudir a la justicia arbitral, es menester señalar que dichas previsiones no constituyen de manera alguna requisitos de procedibilidad, lo cual implica que su agotamiento o cumplimiento queda sujeto únicamente a la voluntad de las partes, pero de manera alguna será considerado como *conditio sine qua non* para constituir el respectivo tribunal de arbitraje.

El H. Consejo de Estado se ha pronunciado sobre esta especial circunstancia, determinando de manera diáfana que las etapas o espacios que las partes contemplen como previas al arbitraje, pese a que puedan convenirse e incluso practicarse, no tienen la naturaleza procesal de un requisito de procedibilidad y, por ende, no limitan de manera alguna la posibilidad que tienen las partes de comparecer directamente al arbitraje. Esta Alta Corporación ha dicho que:

> "*Las previsiones contractuales que se pacten como requisito previo para la convocatoria de los árbitros* ***no constituyen presupuestos de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral*** *y por lo mismo su omisión no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal ni configura nulidad alguna en cuanto a la validez de la constitución del tribunal de arbitramento. (...)*
>
> *"En tal virtud los trámites pactados por las partes como requisito previo para acudir al Tribunal de Arbitramento no pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral, ni pueden afectar la validez de sus decisiones, toda vez que ello entrañaría una vulneración al derecho fundamental de acceso a la administración de Justicia, consagrado en el artículo 229 superior. Además, tales estipulaciones no pueden generar efectos procesales para los árbitros, ante quienes una de las partes acude en la búsqueda de la solución de una controversia, por cuanto la autonomía privada encuentra sus precisos límites en la Constitución y en la Ley que garantizan el ejercicio y goce de dicho derecho.*"[124] –Negrilla del original subraya del Tribunal–

[124] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diez (10) de junio de 2009, Exp. 25.288, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Así las cosas, considerando que en el contrato de marras las partes acordaron la posibilidad de surtir unas etapas de acercamiento directo o amigable previo a constituir un tribunal arbitral, hay que advertir –según lo expuesto en el razonamiento precedente– que éstas no tienen la virtualidad para considerarse e imponerse como requisitos de procedibilidad y, por ende, las partes están habilitadas para concurrir directamente a la justicia arbitral de ser esta su voluntad.

Ligado a lo anterior, toma importancia en este punto la manifestación hecha por la entidad pública convocada mediante comunicación de diez (10) de mayo de 2010, a través de la cual puso de presente ante la concesionaria que el INCO no podía aplicar la amigable composición para la solución de sus conflictos, destacando en consecuencia que el contrato contemplaba la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver las diferencias a que hubiera lugar, sin perjuicio de que las partes pudieran solucionar directamente sus controversias. Se expresó en el oficio en mención lo siguiente:

> *"Atentamente me permito remitirle el concepto jurídico del Dr. Pedro Felipe Gutiérrez Sierra Abogado Externo de la Entidad, en el cual, luego de analizar el tema de la Amigable Composición establecida en el Contrato se concluye que:*
>
> *"En atención a que el Instituto Nacional de Concesiones no puede aplicar la amigable composición para la solución de conflictos, el contrato de concesión prevé cláusula compromisoria en el que se establece otro mecanismo, el arbitramiento, sin desconocer que las partes pueden directamente solucionar sus controversias.*
>
> *"Teniendo en cuenta que dentro del desarrollo contractual se han presentado asuntos objeto de controversia y ante la circunstancia de no poder aplicar la figura del Amigable Componedor establecida en el Contrato de Concesión, el deseo del Instituto en primera instancia, es tratar de solucionar los temas de manera directa.*
>
> *"Para lo anterior, proponemos al Concesionario la discusión directa de los asuntos que tenemos pendientes mediante mesas de trabajo en compañía de la Interventoría del proyecto, para lo cual hemos solicitado al Dr. Pedro Felipe Gutiérrez que estudie los antecedentes y coordine con ustedes, bajo la supervisión del INCO, el procedimiento y la logística para conseguir un arreglo directo."*[125] *(Subrayado fuera de texto)*

[125] Cuaderno de Pruebas No. 5 – Folio 000188.

La posición adoptada por la entidad pública convocada en los citados términos da cuenta que –en su sentir– no era posible acudir a la amigable composición para dirimir las controversias que llegaren a tener los contratantes y para las cuales se hubiere pactado este mecanismo alternativo de solución de conflictos, destacando en todo caso que, tras haberse suscrito pacto arbitral, los contratantes tenían la posibilidad de someter directamente sus diferencias a un tribunal de arbitraje.

En estos términos, todas las controversias que pudieren suscitarse entre los contratantes referidas a la celebración, ejecución o liquidación de la relación contractual, para cuya solución se hubiere contemplado el mecanismo de la amigable composición, podrían ser sometidas directamente a la justicia arbitral, ya fuera por la imposibilidad que manifestó expresamente la entidad pública para acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos o por la sola voluntad de las partes de no agotar estas etapas previas y comparecer de una vez ante los árbitros.

En otras palabras, las controversias que de conformidad con lo estipulado por la cláusula 60.1 del contrato[126], serían resueltas en principio por el mecanismo de la amigable composición, podían ser sometidas por las partes de manera directa al conocimiento y decisión de un tribunal de arbitraje, según lo contemplado al respecto en la cláusula 60.5 antes citada, salvo lo relacionado específicamente con la aplicación de las denominadas disminuciones a la remuneración, cuya decisión fue excluida de la justicia arbitral y, por tanto, las respectivas controversias que al respecto llegaren a suscitarse tendrían que tramitarse ante la jurisdicción del Estado.

Es aquí donde adquiere importancia el segundo aspecto a destacar del contenido de la cláusula compromisoria, el cual concierne al alcance de la competencia *ratione materiae* que los contratantes convinieron en el marco de la misma. Como se dijo antes, las partes acordaron que someterían al conocimiento y decisión de los árbitros las distintas controversias que llegaren a suscitarse con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato de concesión.

Fue amplia la competencia atribuida en estos términos a la justicia arbitral, más aún si se recuerda que la estipulación de etapas o espacios previos de

[126] Cláusula 60.1, contrato de concesión No. GG-040-2004: "*Sin perjuicio de lo previsto en la CLAUSULA 54, CLAUSULA 55, CLAUSULA 56, CLAUSULA 57 de este Contrato, cualquier diferencia relacionada con la ejecución de este Contrato, asociada a aspectos técnicos de ingeniería, o a aspectos financieros y/o contables, y –en cualquier caso cuando lo prevea de manera expresa este Contrato–, será resuelta a través del mecanismo de la amigable composición, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, o las normas que los reemplacen, modifiquen o adicionen, por el Amigable Componedor. (...)*"

acercamiento directo o solución amigable no limitaba la posibilidad que tenían las partes de acudir directamente al arbitraje para que fuera un tribunal arbitral el que resolviera sus diferencias. La competencia así definida por los contratantes concierne, entonces, al conocimiento de las diferentes vicisitudes que llegaren a presentarse con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato.

Sin embargo, en el libre ejercicio de su voluntad, las partes se encargaron de precisar que la justicia arbitral no conocería de dos asuntos en particular: de un lado, sobre la aplicación y los efectos de las cláusulas exorbitantes de caducidad, terminación, interpretación y modificación unilaterales y, por otra parte, de la aplicación de las disminuciones a la remuneración que fueron estipuladas en el marco de la relación contractual.

Este aspecto específico denota marcada importancia para el caso concreto, pues, de acuerdo con lo señalado *supra*, son las partes contratantes quienes tienen la capacidad de someter a arbitraje las controversias que lleguen a generarse en el marco de su relación contractual, premisa que implica, a su vez, que son ellas mismas quienes pueden excluir del conocimiento de la justicia arbitral una o varias materias sobre las cuales el Tribunal no podrá realizar estudio alguno y tampoco adoptar una decisión de fondo al carecer de competencia para tal efecto.

De esta forma, si al suscribir el pacto arbitral contenido en el contrato de concesión No. GG-040-2004, los contratantes decidieron no someter ciertos asuntos al conocimiento y decisión del Tribunal de Arbitraje, dicha voluntad debe ser respetada a cabalidad, como quiera que son las partes las que invisten temporalmente a los árbitros de poderes jurisdiccionales y, por ende, son ellas quienes pueden también definir su marco de acción o competencia[127].

Se trata, entonces, de atender en este sentido la expresión de voluntad de las partes revelada en la cláusula compromisoria, más aún cuando al redactar su contenido se tomaron el tiempo para acordar que algunas materias se excluirían de la competencia de la justicia arbitral, estipulando así una clara limitante al poder jurisdiccional de los árbitros, quienes estarán por ello inhabilitados para analizar y resolver estos asuntos en específico.

El H. Consejo de Estado se ha pronunciado sobre este asunto en concreto, destacando al respecto que la autonomía de la voluntad de los contratantes se refleja en el contenido del convenio arbitral, el cual constituye el medio propicio para definir la materia arbitrable correspondiente. En su sentir, debe estipularse

[127] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de primero (1°) de julio de 2015, Exp. 53.181, C.P. Olga Mélida Valle De De la Hoz (E).

en el compromiso o en la cláusula compromisoria si la competencia que se atribuye a los árbitros concierne a todas y cada una de las vicisitudes que puedan tener lugar con ocasión de la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato o si, por el contrario, dicha habilitación comprende solo algunos asuntos en particular, caso en el cual deberá precisarse cuáles son esas materias que se someterán a arbitraje o cuáles serán excluidas del conocimiento y decisión del Tribunal. En palabras de esta Alta Corporación se tiene lo siguiente:

> *"En caso de que se acoja la opción arbitral, es necesario que el contrato defina cuáles controversias se someterán a este mecanismo judicial extraordinario, pudiendo las partes escoger entre llevar a esa instancia todas las controversias que surjan del contrato, o sólo algunas de ellas, en cuyo caso subsistirían las dos jurisdicciones, una para unas materias y otra para las demás. Esta segunda alternativa refleja, con más claridad, la amplia posibilidad de acción que tiene la autonomía de la voluntad en relación con la justicia arbitral, considerada al momento del pacto.*
>
> *"Vale la pena aclarar, no obstante, y a título de regla general, que en caso de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos, siendo necesario, en caso de que las partes sólo quieran someter algunos, especificar claramente cuáles escaparán a la jurisdicción arbitral.*
>
> *"Sin embargo, se deduce de las anteriores ideas, que no es posible que el tribunal conozca de conflictos que no estén autorizados por las partes, o lo que es igual, tampoco es factible que una de ellas proponga controversias que no encajen en lo dispuesto en la cláusula, ya que sin pacto expreso no opera esta justicia excepcional."*[128] –Subraya del Tribunal–

De manera diáfana se explica en el aparte citado lo atinente a la capacidad que le asiste a las partes para fijar las condiciones en las que los árbitros conocerán sus diferencias, destacando al respecto que la competencia de la justicia arbitral se circunscribe a los aspectos que los contratantes desean someter a arbitraje, mandato que deberá ser atendido en debida forma por el Tribunal, bajo el riesgo de incurrir en una extralimitación de funciones que dé lugar a la eventual configuración de una vía de hecho por falta de competencia.

Bien ha dicho la doctrina en este sentido que, "*... la competencia arbitral se ciñe escuetamente a los extremos de la controversia que se haya fijado en el*

[128] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de primero (1°) de julio de 2015, Exp. 53.181, C.P. Olga Mélida Valle De De la Hoz (E).

compromiso. El árbitro no puede extender su competencia más allá de los puntos que le son sometidos para su conocimiento y resolución, so pena de impugnación mediante la acción anulatoria"[129].

En similares términos, la jurisprudencia ha expresado también que, "... *la decisión proferida por el tribunal de arbitramento debe ajustarse a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes expresamente señalan los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente; de manera que si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral*"[130].

Ahora bien, encuentra el Tribunal que las pretensiones declarativas 15 y 16 y la denominada declarativa consecuencial 2 que formuló la sociedad convocante en su escrito de demanda arbitral reformada, atañen expresamente a las denominadas disminuciones de la remuneración del concesionario. Se pide al Tribunal a través de las mismas que declare que la entidad pública convocada incumplió *gravemente* el contrato de concesión, al ***ordenar*** *disminuciones de ingreso* sin el respeto y cumplimiento de lo estipulado en las cláusulas 29 y 60 del texto contractual y, además, que declare -que por esta razón resultaron vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa en detrimento de la sociedad concesionaria.

Por su parte, en la denominada pretensión declarativa consecuencial 2, se solicita al Tribunal que declare que la contratante vulneró el debido proceso contractual al ***ordenar*** directamente y a través de la interventoría disminuciones a la remuneración, sin permitir al concesionario que dirimiera las respectivas controversias por conducto del amigable componedor, incumpliendo así el contrato de concesión.

Las consideraciones expuestas sirven de sustento para determinar en el caso concreto que si era voluntad expresa de las partes no someter a arbitraje las controversias referidas a la aplicación de las llamadas disminuciones a la remuneración, ningún juicio o análisis siquiera tangencial podrá realizar el Tribunal sobre las pretensiones que la sociedad convocante ha formulado al respecto (15 y 16 declarativas y 2 declarativa consecuencial), habida cuenta que las mismas refieren precisamente a la imposición, mandato o aplicación de estas medidas en concreto.

[129] MERINO MERCHÁN, José F. CHILLÓN MEDINA, José Ma: Ob. Cit., pp. 551.
[130] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de dos (2) de mayo de 2002, Exp. 20.472, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

No hay que efectuar mayores elucubraciones o labores hermenéuticas para evidenciar que estos pedimentos tienen por objeto controvertir las órdenes dadas por la entidad pública o por la firma interventora a efectos de imponer o aplicar disminuciones a la remuneración en contra de la sociedad concesionaria. Por más que la parte convocante denomine estas medidas como "*disminuciones de ingreso*", ello no implica que se trate de una figura o institución distinta a las disminuciones a la remuneración de que trata la cláusula 29 del contrato de concesión, de ahí que corresponda a un asunto excluido de la competencia del Tribunal de Arbitraje.

Basta realizar una simple comparación entre lo estipulado en el pacto arbitral y lo planteado en las mencionadas pretensiones para evidenciar de manera diáfana que tales pedimentos refieren a la aplicación de disminuciones a la remuneración, lo cual implica de suyo que el juicio propuesto mediante las mismas escapa a la competencia de este Tribunal de Justicia. La referida cláusula contractual y las pretensiones en cuestión señalan lo siguiente:

PACTO ARBITRAL (Cláusula 60.5.6 del Contrato de Concesión No. GG-040-2004)	**Pretensiones 15 y 16 declarativas y 2 declarativa consecuencial**
"*60.5.6. La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento. Tampoco se someterá a arbitramento las controversias sobre la aplicación de las disminuciones a la remuneración del Concesionario establecidas en este Contrato.*" –Subraya del Tribunal–	*"15. DECLARAR que el INCO incumplió gravemente el Contrato de Concesión No. GG-040-2004, al proceder a ordenar disminuciones de ingresos a la Fiduciaria de Occidente sin el respeto y cumplimento a la cláusula 29 y 60 del Contrato de Concesión.* *"16. DECLARAR en consecuencia que el INCO vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho de defensa de mi representada.* *"(...)* *"2. DECLARAR que el INCO vulneró el debido proceso contractual al ordenar –directa y a través del interventor– las disminuciones de ingreso realizadas en ejecución del contrato, al no permitir al CONCESIONARIO dirimir la controversia mediante a través (sic) del amigable componedor, INCUMPLIENDO gravemente el contrato.*" –Subraya del

	Tribunal–

Este paralelo no deja duda alguna de la correspondencia que existe entre el supuesto contemplado en el pacto arbitral y las pretensiones formuladas por la parte convocante en su escrito de demanda reformada. En efecto, si se considera que la expresión "*ordenar*" utilizada por la apoderada de la sociedad demandante concierne o atañe a *mandar, imponer o dar orden de algo*[131], puede advertirse con claridad que en los mencionados pedimentos se controvierte directamente la forma en que fueron impuestas o aplicadas unas disminuciones a la remuneración en contra de la concesionaria, cuestión que –tal como se ha expuesto– escapa al conocimiento y decisión de este Tribunal de Justicia por voluntad expresa y manifestada por ambos contratantes en la cláusula compromisoria.

Vale reiterar en este punto del análisis que, "*... cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho*"[132].

Bajo este entendimiento, ningún juicio o consideración podrá realizar el Tribunal en lo que tiene que ver con la aplicación de las denominadas disminuciones a la remuneración y, en concreto, sobre el procedimiento o trámite surtido para su imposición y, mucho menos, sobre su contenido y alcance. En consecuencia, el Tribunal no puede estudiar y resolver en el *sub judice* las pretensiones declarativas 15 y 16 y la pretensión declarativa consecuencial 2 contenidas en el escrito de reforma de la demanda arbitral, habida cuenta que las mismas tienen directa relación con un asunto que las partes acordaron explícitamente no someter a arbitraje, de ahí que deba declararse a este respecto que los árbitros carecen de competencia para conocer y decidir estas peticiones procesales en particular.

En consecuencia de lo anterior, recordando que en el escrito de contestación de la demanda arbitral reformada, la entidad pública convocada formuló, entre otras, las excepciones de mérito identificadas como 7 y 8, alegando mediante las mismas la falta de competencia del Tribunal para conocer y decidir las

[131] Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
[132] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintisiete (27) de febrero de 2000, Exp. 16.394, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

pretensiones declarativas consecuenciales 1 y 2, el Tribunal tendrá parcialmente por demostradas estas excepciones de mérito en lo que tiene que ver con la falta de competencia de los árbitros frente a la pretensión declarativa consecuencial 2, pues en esta se controvierten expresamente aspectos referidos a la aplicación de las disminuciones a la remuneración.

Por su parte, tratándose de la denominada pretensión declarativa consecuencial 1, se observa que mediante la misma se pidió al Tribunal que declarara que la sociedad concesionaria cumplió el contrato de concesión No. GG-040-2004, en lo relacionado con las obligaciones a que se refirió la interventoría en unos oficios o comunicaciones en particular. Se depreca en la petición en comento lo siguiente:

> *"1. DECLARAR que la CONCESIÓN cumplió el Contrato de Concesión GG-040-2004 respecto de las obligaciones a que se refiere la interventoría en sus oficios:*
>
> *"Respecto a la asunción de la gestión predial a cargo del Concesionario:*
>
> *"1. Concol 26 de noviembre de 2009 01-6150-2009*
> *"2. Concol 29 de enero de 2010 01-0510-2010*
> *"3. Concol 2 de marzo de 2010 01-1108-2010*
> *"4. Concol 3 de marzo de 2010 01-1122-2010*
> *"5. Concol 8 de marzo de 2010 01-1222-2010*
> *"6. Concol 5 de abril de 2010 01-1721-2010*
> *"7. Concol 15 de abril de 2010 01-1934-2010*
> *"8. Concol 10 de mayo de 2010 01-2421-2010*
> *"9. Concol 16 de junio de 2010 01-3207-2010*
> *"10. Concol 17 de enero de 2011 No. 01-0260-2011*
> *"11. Concol 25 de febrero de 2011 01-1147-2011*
>
> *"Respecto a las Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión GG-040-2004:*
>
> *"12. Concol 31 de mayo de 2010 01-3001-2010*
>
> *"Respecto al alcance de las facultades del Interventor frente a las obligaciones de los subcontratistas:*
>
> *"13. Concol 10 de agosto de 2010 01-4482-2010*
>
> *"Respecto a la constitución de garantías de estabilidad, subtrayectos 7A, 7C, 8A, 9B y 10:*
>
> *"14. Concol 10 de mayo de 2009 01-2406-2009*

"15. Concol 1 de julio de 2009 01-3181-2009
"16. Concol 6 de agosto de 2009 01-4026-2009
"17. Concol 27 de Septiembre de 2009. 01-6290-2009
"18. Concol 21 de junio de 2010 01-3410-2010
"19. Concol 21 de septiembre de 2010 01-5414-2010
"20. Concol 23 de septiembre de 2010 01-5475-2010"

La lectura de la citada pretensión deja en evidencia que la misma no propone juicio alguno relacionado con la aplicación de disminuciones a la remuneración, simplemente se pide al Tribunal que declare el cumplimiento por parte de la concesionaria frente a unos aspectos que fueron tratados por la firma interventora en unas misivas en concreto, circunstancia que lleva a concluir que tratándose de este pedimento en particular, vale decir, de la pretensión declarativa consecuencial 1, no hay lugar a declarar que el Tribunal carece de competencia para abordar de fondo la controversia allí propuesta.

En todo caso, si al abordar el estudio de las comunicaciones a que se refiere la pretensión, el Tribunal llega a evidenciar que las mismas tienen relación o refieren a la aplicación de una disminución a la remuneración, el juicio o análisis correspondiente se circunscribirá única y exclusivamente a determinar si la sociedad concesionaria cumplió o no con respectiva la obligación, sin que pueda realizarse valoración alguna en lo que tenga que ver con una disminución a la remuneración que pudiere haberse aplicado como consecuencia de dicho incumplimiento.

Para el Tribunal es importante precisar en este punto del análisis que el acuerdo de los contratantes de no someter a la justicia arbitral las diferencias concernientes a la aplicación de las disminuciones a la remuneración, debe entenderse y predicarse de manera restrictiva, vale decir, que dicha exclusión supone que los árbitros no podrán conocer ni pronunciarse sobre diferencias que estén referidas puntualmente a la aplicación o imposición de estas medidas en particular.

Esta acotación, por obvia que parezca, adquiere relevancia debido a que la exclusión convenida por los contratantes en estos términos no limita ni restringe de manera alguna la posibilidad que tienen las partes de someter al Tribunal cualquier controversia que gire en torno al cumplimiento o incumplimiento de una obligación contractual, por más que dicha circunstancia hubiere dado lugar a la aplicación de una disminución a la remuneración.

En efecto, considerando que es el incumplimiento de una obligación la circunstancia o el supuesto que eventualmente da lugar a la aplicación o imposición de una disminución a la remuneración, debe advertirse que ambos

aspectos son claramente distinguibles o diferenciables, es decir, una cosa es la causa, representada en este caso por el supuesto incumplimiento contractual, y otra muy distinta es la consecuencia, que correspondería en estos términos a la aplicación de una disminución a la remuneración.

Este razonamiento permite señalar que el asunto o la materia que fue excluida de la competencia de los árbitros conforme al pacto arbitral (cláusula 60.5.6), se predica única y exclusivamente de la aplicación o imposición de una disminución a la remuneración, más no de las controversias que pudieren suscitarse en relación con el supuesto incumplimiento contractual que pudo servir de causa para la adopción de dicha medida.

De esta forma, si bien es cierto que el Tribunal carece de toda competencia para conocer y pronunciarse sobre las diferencias relacionadas con la imposición de las disminuciones a la remuneración contempladas en el contrato, también lo es que puede analizar y decidir válidamente las controversias que estén referidas al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin importar que este supuesto incumplimiento haya sido la causa de la aplicación de una disminución de ingreso.

En cuanto hace referencia a la excepción de mérito 6 que formuló la entidad pública convocada, denominada como "*excepción de incumplimiento de las obligaciones contractuales por culpa del concesionario*", se solicita al Tribunal en el numeral vi) de esta excepción denominado "*Los mecanismos contractuales para controvertir las disminuciones de ingreso*", que desestime las pretensiones declarativas 15 y 16 y las declarativas consecuenciales 1 y 2, aduciéndose al respecto que con estos pedimentos, la convocante pretende rebatir ante el Tribunal unos incumplimientos contractuales que dieron lugar a la aplicación de unas disminuciones a la remuneración, cuya imposición debió controvertirse en su momento a través del mecanismo de la amigable composición, el cual –a juicio suyo– no fue impulsado oportunamente por la sociedad concesionaria.

La excepción así propuesta será negada por el Tribunal, habida cuenta que, de un lado, está demostrado en el *sub judice* que la justicia arbitral es competente para conocer y decidir las controversias que llegaren a formularse en relación con el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales y, de otra parte, porque el hecho de no haberse activado o tramitado en su momento el mecanismo de amigable composición para discutir las controversias referidas a la aplicación de las disminuciones a la remuneración, no implica de manera alguna que dichas diferencias hayan quedado huérfanas de justicia al tratarse de una materia no arbitrable.

Efectivamente, en la cláusula 29.4 del contrato de concesión No. GG-040-2004 [133], las partes convinieron que las controversias referidas a las disminuciones a la remuneración serían definidas por un amigable componedor; sin embargo, el hecho de que no se hubiere activado este mecanismo en el marco de la ejecución contractual, ya fuere por la imposibilidad que en su momento manifestó la entidad pública contratante para dirimir sus diferencias a través de amigable composición o porque la concesionaria hubiere decidido no acudir a la misma, no limita o restringe de modo alguno la posibilidad que tienen las partes de ventilar ante la jurisdicción del Estado las diferencias concernientes a este asunto en particular, vale decir, nada obsta en este caso para que los contratantes acudan ante los Jueces de lo Contencioso Administrativo, a fin de que sean ellos quienes conozcan y resuelvan las diferencias que puedan presentarse en cuanto a la aplicación de las denominadas disminuciones a la remuneración.

Con acierto, el H. Consejo de Estado ha dicho sobre este particular que, *"[e]n caso de que se acoja la opción arbitral, es necesario que el contrato defina cuáles controversias se someterán a este mecanismo judicial extraordinario, pudiendo las partes escoger entre llevar a esa instancia todas las controversias que surjan del contrato, o sólo algunas de ellas,* ***en cuyo caso subsistirían las dos jurisdicciones, una para unas materias y otra para las demás***"[134].

En este entendimiento, el Tribunal negará en su numeral vi la excepción de mérito 6 formulada por la parte convocada en su escrito de contestación a la reforma de la demanda arbitral.

Finalmente, en cuanto se refiere al aspecto de competencia vinculado a la excepción de inepta demanda formulada por la convocada frente a la pretensión octava declarativa, en la que se solicita se declare el incumplimiento de la convocada en el pago de la indexación tarifaria, excepción que la Convocada funda en que dicha pretensión debió ser sometida al mecanismo de amigable composición, considera el Tribunal lo siguiente:

Como ya se expuso, la cláusula compromisoria dispone que se acudirá al Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias derivadas del contrato cuando *"no sea posible solucionar(las) amigablemente o a través del Amigable Componedor o para la cual este Contrato no prevea mecanismos de solución*

[133] Cláusula 29.4, contrato de concesión No. GG-040-2004: "*Las controversias sobre disminuciones en la remuneración del Concesionario serán definidas por el Amigable Componedor, siempre y cuando el Concesionario haya manifestado su inconformidad con la mismas estrictamente dentro del término de tres (3) Días contados desde la comunicación del Interventor.*"

[134] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de primero (1°) de julio de 2015, Exp. 53.181, C.P. Olga Mélida Valle De De la Hoz (E).

distintos" (la expresión entre paréntesis no es del texto). Por consiguiente, de acuerdo con la estipulación contractual es claro que en el caso de las controversias sobre indexación tarifaria, que no fuere posible resolverlas a través de amigable composición, es claro que procede el arbitraje, pues las partes no las excluyeron del alcance de la cláusula compromisoria. A lo anterior vale la pena agregar, que como ya se expuso, de conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado *"Las previsiones contractuales que se pacten como requisito previo para la convocatoria de los árbitros* ***no constituyen presupuestos de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral*** *y por lo mismo su omisión no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal ..."*[135], por lo cual el hecho de que no se haya acudido a la amigable composición, bien sea porque la entidad estatal se negó a ello o por otra causa, no afecta la competencia del Tribunal Arbitral.

vi. Conclusión

Por las razones expuestas el Tribunal se declarará no competente para conocer y decidir las pretensiones declarativas 15 y 16 y la pretensión declarativa consecuencial 2 contenidas en el escrito de reforma de la demanda arbitral. El Tribunal tendrá parcialmente por demostradas las excepciones de mérito 7 y 8 en lo que tiene que ver con la falta de competencia de los árbitros frente a la pretensión declarativa consecuencial 2, y negará en su numeral vi la excepción de mérito 6 formulada por la parte convocada en su escrito de contestación a la reforma de la demanda arbitral.

Así mismo, el Tribunal es competente para conocer la pretensión octava declarativa y negará la excepción 11 de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones.

4. OBJECIONES POR ERROR GRAVE

A. Marco general para decidir las objeciones

En primer lugar procede el Tribunal a establecer el marco en el cual se debe decidir las objeciones por error grave formuladas.

A tal efecto, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente sobre el concepto de error grave[136]:

[135] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diez (10) de junio de 2009, Exp. 25.288
[136] Sentencia de 9 de julio de 2010, Expediente 11001-3103-035-1999-02191-01.

"El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, siendo menester su verosimilitud, recognocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia.

"Es supuesto ineludible de la objeción al dictamen pericial, la presencia objetiva de un yerro de tal magnitud 'que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hayan llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas', que '(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)' (Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939), por alterar en forma cardinal, esencial o terminante la realidad, suscitando una falsa y relevante creencia en las conclusiones (art. 238, n. 4, C. de P. C.), de donde, los errores intrascendentes e inconsistencias de cálculo, la crítica, inconformidad o desavenencia con la pericia, o la diversidad de criterios u opiniones, carecen de esta connotación por susceptibles de disipar en la etapa de valoración del trabajo y de los restantes medios de convicción (Sala de Casación Civil, auto de 8 de septiembre de 1993. Expediente 3446)

"En sentido análogo, los asuntos estricto sensu jurídicos, se reservan al juzgador, siendo inocuas e inanes las eventuales opiniones de los expertos sobre puntos de derecho y las objeciones de 'puro derecho' sobre su alcance o sentido (Sala de Casación Civil, auto de 8 de septiembre de 1993, exp. 3446), en tanto 'la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo' (G.J. tomo, LXVII, pág. 161) y, asimismo, un dictamen deficiente o incompleto, por falta de contestación de todas las preguntas formuladas, de suyo, no comporta un error grave, dando lugar a su complementación o adición, sea a petición de parte, sea de oficio, y en definitiva, a su valoración por el juez, pues, el yerro predicase de la respuesta y no de su omisión".(se subraya)

Igualmente la Corte ha dicho, reiterando jurisprudencia anterior, lo siguiente[137]:

"(...) 'si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos' (G.J. Tomo LII, pág 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, 'es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no

[137] Sentencia del 12 de agosto de 1997. Radicación 4533.

tiene, o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven'." (se subraya)

Así mismo, en auto de septiembre 8 de 1993[138], reiterando jurisprudencia anterior, la Corte Suprema de Justicia expresó:

"(...) las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil "... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisible para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva (...)." (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)." (se subraya)

Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho:

"Más bien, entiende la Sala que los reparos formulados por el apoderado de la entidad accionada en relación con este extremo, lejos de encuadrar en la caracterización que de la tacha por error grave realiza el numeral 1° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, realmente versan sobre las apreciaciones, las inferencias, los juicios y las deducciones que los expertos realizan, pues éstos en realidad sí abordaron en su estudio los asuntos que fueron sometidos a su examen por las partes —la identificación y cuantificación de los perjuicios que cada una de las partes aduce que le fueron irrogados como consecuencia de los hechos, de los comportamientos y de las circunstancias que constituyen materia del presente litigio—, con lo cual la tacha por error grave, en realidad, se está proyectando respecto del proceso intelectivo del perito y ello la priva de vocación de prosperidad, razón por la cual deberá ser desestimada, como en efecto se desestimará en la parte resolutiva del presente pronunciamiento.

"Cosa distinta es que el mérito o valor probatorio que deba atribuírsele al contenido del dictamen sí constituye una cuestión que, en relación con el resto del material probatorio recaudado en el plenario y atendidos los razonamientos jurídicos que determinarán la relevancia de la pericia dentro

[138] Expediente 3446.

del sub judice, eventualmente habrá de ser dilucidada por la Sala dentro del presente pronunciamiento; frente a tal escenario, sin duda, habrían de ser tomadas en consideración las críticas que la entidad demandada vierte en contra de la confiabilidad, la solidez y la coherencia de los elementos valorados, de las inferencias efectuadas y de las conclusiones ofrecidas por los peritos en su trabajo obrante en el plenario, siguiendo los parámetros que, igualmente, en anterior ocasión ha esbozado la Sala en relación con el anotado asunto relativo a la valoración que debe efectuar el juez de todo dictamen pericial"[139]*. (se subraya)*

Como se puede apreciar, de conformidad con la jurisprudencia para que pueda prosperar la objeción por error grave es necesario que se establezca un error transcendental en las conclusiones del perito, de tal manera que haga necesario otro dictamen pericial. No tienen tal carácter los errores intrascendentes e inconsistencias de cálculo. Así mismo tampoco procede la objeción cuando lo que sucede es que existen diversidad de criterios u opiniones, ni cuando se pretende cuestionar las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Así mismo tampoco hay error grave cuando lo que se invoca es una equivocación en asuntos estricto sensu jurídicos ni tampoco cuando el dictamen es deficiente o incompleto, por falta de contestación de algunas de las preguntas formuladas, pues en tal caso no contiene errores.

Es pertinente además precisar que una cosa es la prosperidad de la objeción por error grave y otra la apreciación del dictamen pericial.

En efecto, la jurisprudencia ha señalado que aun cuando un dictamen pericial no haya sido objetado por error grave, el juez debe valorarlo en conjunto con las demás pruebas para determinar su valor probatorio. De esta manera, pueden existir defectos en el dictamen o falta de coherencia con otras pruebas, que independientemente de la existencia de un error grave afecten su mérito probatorio.

En tal sentido en sentencia T-269 de 2012 dijo la Corte Constitucional en referencia a un caso en el cual no se había objetado un dictamen por error grave y sin embargo el funcionario judicial se apartó del mismo, manifestó lo siguiente:

"3.6.3 Pero aun cuando se ha ejercitado dentro del proceso el derecho a la contradicción del dictamen pericial, existe un mecanismo de control adicional en cabeza del juez. Se trata del ejercicio de apreciación y valoración de la

[139] Sentencia de 18 de marzo de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01 14390.

prueba. Tanto la jurisprudencia[140] como la doctrina[141] son enfáticas al señalar que el dictamen pericial es apenas uno más de los medios de prueba permitidos dentro del sistema probatorio de libre convicción. En consecuencia, lo dicho por el perito no constituye una prueba de valor superior, y el juez no está obligado a dar pleno valor a sus conclusiones por el solo hecho de provenir de un experto[142]. Antes bien, siguiendo lo ordenado en el artículo 187 C.P.C, el juez debe valorar el dictamen pericial en conjunto con los demás medios probatorios obrantes en el proceso y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

"3.6.4 La valoración del dictamen pericial implica llevar a cabo un proceso de orden crítico con el fin de obtener certeza respecto de los hechos y conclusiones sobre los que versa la experticia. Para ello, el juez debe apreciar aspectos relativos (i) al perito, (ii) al agotamiento formal de los mecanismos para llegar a un dictamen suficiente, y (iii) a la coherencia interna y externa de las conclusiones. En cuanto a lo primero, deben verificarse las calidades y la probidad del perito[143]. En segundo lugar, son objeto de apreciación los elementos (exámenes, experimentos, cálculos, etc.) en los cuales se apoyó el perito para sus indagaciones. En tercer lugar, debe examinarse la coherencia lógica del dictamen, el carácter absoluto o relativo que le da el perito a sus afirmaciones, la suficiencia de los motivos que sustentan cada conclusión, y la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos[144].

"3.6.5 Como resultado del proceso descrito el juez puede decidir apartarse de las conclusiones de la experticia. Los doctrinantes manifiestan al respecto que "el juez tiene libertad de valoración frente a los resultados de la peritación, y puede, por ende, con una motivación adecuada, apartarse de las conclusiones a las que ha llegado el perito"[145] y, yendo más allá, establecen que "si un dictamen pericial no reúne las anteriores condiciones, el Juez deberá negarle todo valor probatorio"[146]. En este orden de ideas, la garantía del debido proceso exige que el juez exponga de forma explícita dentro del fallo cuál es el mérito que le asigna al medio de prueba y cuáles son las razones que sustentan esta decisión. Pero en ningún caso, obliga al

[140] Ver sentencias C-214/11 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-590/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-311/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-1034/06 M.P Humberto Sierra Porto, T-796/06 M.P Clara Inés Vargas y T-579/06 M.P Manuel José Cepeda.
[141] Ver Parra Quijano, op. cit, p. 655-657.
[142] Giacometto Ferrer, Ana. *Teoría General de la Prueba Judicial.* Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2003, p. 98
[143] Así lo exige el artículo 241 C.P.C al disponer que "al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta (...) la competencia de los peritos".
[144] El mismo artículo 241 C.P.C exige que en el proceso de apreciación del dictamen pericial se tenga en cuenta: *"la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos"*. Sobre estos requisitos ver Giacometto, Ana. op. cit., 97.
[145] Denti, Vittorio, citado en Parra Quijano, op. cit, p. 656.
[146] Giacommeto, Ana. op. cit, p. 97.

juez a aceptar las conclusiones del dictamen sin un examen crítico del mismo.

"...

"El juez está obligado a valorar el dictamen pericial como prueba obrante en el trámite procesal pero sus resultados no son obligatorios, pues puede válidamente aceptarlo, modificarlo o desvirtuar su valor de convicción a partir de los contenidos de otras pruebas recaudadas en el caso o de la aplicación de las reglas mencionadas en las consideraciones."

Por lo demás el Consejo de Estado ha señalado[147]:

"Al respecto la doctrina ha precisado que un dictamen pericial será eficaz cuando en él consten los fundamentos de las conclusiones, habida cuenta que "si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar ese aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable"[148]. Ha explicado también que las conclusiones del dictamen pericial deben ser claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos toda vez que "(...) la lógica relación entre ellas y los fundamentos que las respaldan debe existir siempre, para que merezcan absoluta credibilidad. Este requisito es consecuencia del anterior. Si unos buenos fundamentos van acompañados de unas malas conclusiones o si no existe armonía entre ellos o si el perito no parece seguro de sus conceptos, el dictamen pericial no puede tener eficacia probatoria"[149].

Por consiguiente, solo los defectos que tienen las características que ha precisado la jurisprudencia tienen el carácter de error grave, pero otros defectos que tenga el dictamen o su falta de coherencia con otras pruebas puede afectar su mérito probatorio. En efecto, el Tribunal debe tomar siempre en cuenta para apreciar el mérito de un dictamen pericial "las calidades y la probidad del perito", "los elementos (exámenes, experimentos, cálculos, etc.) en los cuales se apoyó el perito para sus indagaciones", "la coherencia lógica del dictamen, el carácter absoluto o relativo que le da el perito a sus afirmaciones, la suficiencia de los motivos que sustentan cada conclusión, y la firmeza, precisión y calidad de los

[147] Sentencia del 14 de abril de 2010 Radicación número: 25000-23-31-000-1993-09448-01(16432)
[148] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, 5ta ed. Editorial Temis. Bogotá. 2006. P. 323.
[149] DEVIS ECHANDÍA, Ob. Cit., P. 325.

fundamento", así como la coherencia con los demás medios de prueba que obren en el proceso.

Partiendo de lo anterior procede el Tribunal a examinar cada una de las objeciones formuladas.

B. Sobre la objeción parcial por error grave formulada por la CABG en contra del dictamen pericial técnico rendido por Ingeniero Héctor Parra Ferro.

A través de memorial presentado el veintiuno (21) de abril de 2014, la apoderada judicial de la sociedad convocante objetó parcialmente el dictamen pericial técnico, formulando al respecto una serie de causas que a su juicio son constitutivas de errores graves. El Tribunal ha dado lectura a cada uno de los 67 motivos[150] expuestos por la convocante como sustento de su objeción y pasará a continuación a emitir el respectivo pronunciamiento, advirtiendo para efectos metodológicos que en los eventos en que algunas de las causales propuestas se refieran a un mismo punto de la experticia o se asemejen en cuanto al fundamento o a la razón que les sirve de sustento, podrán analizarse de manera conjunta a fin de no incurrir en reiteraciones o en elucubraciones redundantes.

i. Causal de objeción No. 1 – Respuesta referida al interrogante 1A

Frente a la respuesta al interrogante 1A, la convocante formula un primer motivo de objeción, pues considera que el Perito incurre en una contradicción "*... cuando en el cuestionario original indica que los planos 'no contenían información referente a la línea de chaflanes', pero en la aclaración manifiesta que no obstante ello, llegó a la conclusión que el efecto de esos diseños era el de 'requerir menor área de compra de predios contiguos'*".

Al respecto el Tribunal advierte que en la pregunta 1A se solicitó al perito que describiera en detalle el diseño geométrico con el cual fue adjudicado el proyecto vial Bosa-Granada-Girardot. Con ocasión de lo anterior, el auxiliar de la justicia expuso en su informe inicial diversas consideraciones sobre los estudios y diseños elaborados en su momento por la firma INGETEC-PIV-BATEMAN, los cuales fueron tenidos en cuenta por el INCO como sustento para abrir el respectivo procedimiento de licitación y adjudicar y celebrar el contrato de concesión No. GG-040-2004. Para realizar estos análisis, el perito recibió de

[150] Según numeración efectuada por el Tribunal Arbitral.

parte de la firma INGETEC S.A. los planos contentivos de la Planta-Perfil del Diseño de la vía Bogotá – Girardot, respecto de los cuales indicó que "*... en ellos no se encuentran localizadas las líneas de chaflanes del proyecto*"[151].

Posteriormente –vía aclaración–, la convocante pidió al perito que precisara "*... si tuvo en cuenta o no los efectos de chaflanes de corte y de relleno al momento de afirmar que mediante la ampliación de la doble calzada hacia ambos costados de la carretera existente, tenían como efecto entre otros, '(...) requerir menor área de compra en predios contiguos (...)*'".

Al dar respuesta a lo anterior, el perito reiteró que los planos de diseño geométrico entregados por INGETEC "*... no contenían la información referente a las líneas de chaflanes*", aclarando que su conclusión de "*... requerir menor área de compra de predios contiguos*", se sustentó en la implementación o utilización del denominado Sistema de Información Geográfico – SIG Vías Predios.

El Tribunal no observa contradicción alguna en la mencionada conclusión. En efecto, si bien es cierto que el perito indicó de manera expresa que los diseños suministrados por INGETEC no tenían información referente a la denominada línea de chaflanes, también lo es que el mismo auxiliar de la justicia decidió aplicar otro método o sistema que a su juicio le permitió concluir que el efecto de los diseños elaborados por INGETEC era "*... requerir menor área de compra de predios contiguos*", circunstancia que de manera alguna constituye una contradicción y mucho menos una equivocación que pueda ser objeto de reproche.

Además, es claro que la objetante en últimas está cuestionando la metodología utilizada por el auxiliar de la justicia, lo cual no constituye un error grave y en todo caso corresponde a un aspecto cuya valoración realizará el Juez al momento de valorar y ponderar el material probatorio del proceso.

Estas razones dejan en evidencia que en este caso no hay error grave y, por tanto, el presente motivo de objeción será denegado.

ii. Causal de objeción No. 2 – Respuesta referida al interrogante 1A

La objetante aduce que el auxiliar de la justicia incurrió en otra supuesta contradicción, pues en el informe inicial señaló que, según lo estipulado en el Contrato INVIAS No. 0366 de 1997, suscrito con la firma INGETEC-PIV-

[151] Página 43 del Informe Inicial Contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

BATEMAN para realizar el análisis y los estudios previos para la concesión Bosa-Granada-Girardot, estaba contemplado "*... el desarrollo del diseño **FASE III** de la vía que conecta a la ciudad de Bogotá con el municipio de Girardot*". Sin embargo, se contradijo después al responder las solicitudes de aclaración y complementación, cuando indicó que "*... de la revisión realizada en las bodegas de Invías en Fontibón sobre el tema de los diseños, encontró que estos '**corresponderían a Fase II**' (Capítulos de Diseño Geométrico e Información Predial). Es decir, corrige e indica que lo que en su momento (Cuestionario Original) consideró como Fase III, en realidad 'corresponderían a Fase II*".

Al estudiar las mencionadas respuestas, el Tribunal encuentra que en efecto el auxiliar de la justicia en el dictamen inicial concluyó que en el marco del Contrato INVIAS No. 0366 de 1997, se contemplaba el desarrollo del diseño para la estructuración del proyecto en un nivel de detalle a FASE III[152], pero en el informe de respuesta a la solicitud de aclaraciones, el mismo experto se encargó de precisar que, una vez revisada la información que reposaba en las dependencias del INVIAS, encontró que algunos de los capítulos correspondientes al Diseño Geométrico señalaban que el alcance de los mismos era a FASE II, concluyendo así que "*... no se encontró ninguna evidencia que indicara que estos diseños correspondieran a FASE III*"[153].

Estas consideraciones permiten evidenciar que no existe en este caso la contradicción alegada por la objetante, por el contrario, se trata de una precisión que expresamente hizo el perito respecto de su respuesta inicial referida al alcance de los estudios y diseños elaborados en el marco del Contrato INVIAS No. 0366 de 1997, circunstancia que justamente por su naturaleza correctiva de manera alguna puede apreciarse como una actuación constitutiva de error grave, tal como lo ha señalado la H. Corte Suprema al indicar que, "*... si un perito advierte que incurrió en errores y tiene la oportunidad de corregirlos, su actitud, lejos de ser censurable es laudable*"[154].

En todo caso, ante esta corrección hecha por el experto en sede de aclaraciones y complementaciones, el Tribunal valorará con rigor las demás conclusiones y consideraciones que frente a esta materia en particular haya emitido el perito en el dictamen inicial, ya que las mismas deberán entenderse a la luz de la precisión efectuada en el informe rendido en diciembre de 2013.

En estos términos, esta causal de objeción también será negada.

[152] Página 28 del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.
[153] Página 162 del informe de aclaraciones y complementaciones al Dictamen Pericial Técnico.
[154] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial CXXXIX, pág. 178.

iii. Causales de objeción No. 3 y 4 – Respuesta referida al interrogante 1A

Con respecto a los estudios y diseños elaborados por INGETEC para la estructuración del proyecto Bosa-Granada-Girardot, la objetante plantea dos motivos a saber: primero, aduce que el perito no dio respuesta a la solicitud de aclaración en la cual se le pedía que indicara si técnicamente era o no correcto que INGETEC hubiera asumido que el derecho de vía definido en el Decreto 2770 de 1953 era propiedad del Estado y que, por ende, no se requería su compra para la ejecución del proyecto y, segundo, que el auxiliar de la justicia tampoco dio respuesta a la solicitud de aclaración en la cual se le pedía que precisara si técnicamente era o no correcto afirmar que "*... uno de los objetivos principales del diseño elaborado por INGETEC era '... evitar las zonas de corte y relleno'*".

Al revisar las consideraciones expuestas por el perito frente a estas dos peticiones en concreto, el Tribunal encuentra que en el dictamen inicial a página 41 se dio respuesta en los siguientes términos: *"Uno de los objetivos principales de este diseño, era garantizar la menor afectación predial posible, para lo cual, no se contempló la compra del derecho de vía establecido en el Decreto 2770 de 1953 y adicionalmente se busca la forma de evitar las zonas de corte y relleno, con el fin de evitar la afectación de predios para desarrollo de obras de estabilización de taludes y terraplenes"*.

Atendiendo estas consideraciones, el Tribunal negará las causales de objeción 3 y 4 formuladas por la parte convocante

iv. Causal de objeción No. 5 – Respuesta referida al interrogante 2A

En el interrogante 2A se solicitó al perito que describiera en detalle el diseño geométrico con el cual se dio inicio a la Etapa de Construcción y Rehabilitación del proyecto, así como el impacto predial de su implantación. Posteriormente, vía aclaraciones y complementaciones, la convocante solicitó al experto que precisara su respuesta, según la cual, "*... el diseño geométrico con el cual se dio inicio a la Etapa de Construcción y Rehabilitación del Proyecto Vial Bosa – Granada – Girardot no existe como tal, sino que se fue dando a medida que se iniciaban las obras de construcción de cada trayecto...*", pues debía tenerse en cuenta para ello –según la convocante–, que los diseños definitivos fueron entregados a la Interventoría el 24 de agosto de 2005, esto es, un día antes del inicio de la Etapa de Construcción y Rehabilitación.

La objetante aduce a este respecto que el perito no dio respuesta a la petición anterior, ya que se limitó a exponer su propia apreciación indicando que, si bien era cierto que el Concesionario "*... entregó mediante oficio No. GT-IN0332-05 del 24 de agosto de 2005 los ajustes a los diseños entregados en enero de 2005, con base en las observaciones y correcciones hechas por la interventoría, no se conoce, de estos diseños, una comunicación de la interventoría o el INCO en la cual estos aprueben los diseños*".

Para el Tribunal no existe omisión alguna de parte del experto frente a esta petición, por el contrario, lo que deja ver la respuesta del perito es que se abordó y se contestó de fondo la solicitud concreta, al señalar que "*... los ajustes a la versión 0 de los diseños entregados por el Concesionario y revisados por la interventoría fueron entregados el 24 de agosto de 2005*"[155]. Además, el Tribunal considera importante resaltar que esta precisa respuesta ya la había expuesto el auxiliar de la justicia en el informe inicial, oportunidad en la cual indicó que, "*[s]iguiendo lo establecido en el otrosí, los diseños entregados el 24 de Agosto de 2005 por parte del Concesionario, serían considerados como los diseños con los que se iniciaría la etapa de construcción del Proyecto*"[156].

Claramente se advierte que en estos términos se dio respuesta puntual al interrogante formulado, pues el perito concluyó de manera expresa que fueron los diseños ajustados el 24 de agosto de 2005, los que sirvieron de base para iniciar la Etapa de Construcción y Rehabilitación del proyecto. Ahora, el hecho de que el auxiliar de la justicia hubiere señalado que no conocía si esta versión de los diseños fue aprobada por la Interventoría, de manera alguna puede considerarse como una falencia, ya que se trata de una simple constancia que adquiere importancia para entender el alcance de la respectiva conclusión y valorar su conducencia y pertinencia frente al proceso.

Por estas razones, esta causal de objeción será negada.

v. Causal de objeción No. 6 – Respuesta referida al interrogante 2A

La convocante propone un nuevo motivo de objeción referido al interrogante 2A, argumentando al respecto que el perito no contestó la solicitud de aclaración en la cual se le pidió que determinara si en los diseños "*... entregados mediante comunicación GT-IN-0332-05 existía un capítulo de predios que había sido revisado por la Interventoría y la ANI previamente a la entrega del diseño definitivo*".

[155] Página 166 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico.
[156] Página 61 del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

Al dar lectura a las consideraciones expuestas sobre este particular, el Tribunal encuentra que el perito se pronunció puntualmente al respecto, en los siguientes términos: "*... la Concesión mediante la comunicación GT-IN-0332-05 del 24 de agosto de 2005, con la cual entrega los ajustes a las observaciones y correcciones hechas por la Interventoría sobre los diseños entregados en enero de 2005 por el Concesionario, no entrega el volumen XI correspondiente a estudios prediales para los trayectos 1 al 11, sino que entrega un volumen de estudios prediales para las obras de construcción requeridas en el Trayecto 12*"[157].

Como puede observarse, el auxiliar de la justicia sí respondió lo preguntado, señalando al respecto que al revisar la mencionada comunicación, pudo constatar que solo se entregó un Volumen Predial para el Trayecto 12, más no para los demás trayectos del proyecto, aclarando a renglón seguido que no pudo conocer el contenido del estudio predial referente al Trayecto 12, "*... debido a que en reiteradas ocasiones fue solicitado a las partes mediante comunicaciones y en diferentes reuniones sostenidas con cada una de ellas, pero esta información no fue suministrada al perito*"[158].

Ningún reproche merecen en este caso la respuesta y las consideraciones expuestas por el perito, pues, de un lado, contestó con precisión lo preguntado y, de otra parte, dejó expresa constancia que no pudo acceder al Volumen Predial correspondiente al Trayecto 12 debido a que la misma no le fue suministrada por las partes, circunstancia que no fue desvirtuada por la objetante.

Así las cosas, es menester negar la presente causal de objeción.

vi. Causal de objeción No. 7 – Respuesta referida al interrogante 2A

A juicio de la objetante, el experto incurre en un error al no dar respuesta a la solicitud de aclaración No. 3 referida al interrogante 2A, pues –en su sentir– el experto discurre en simples interpretaciones de los hechos y "*... omite referir o indicar los requisitos habilitantes para la firma del Acta de inicio de la Etapa de Construcción y no refiere a quienes la firman*". Adicionalmente, se indica en el memorial de objeciones que el perito no hizo ninguna precisión en este punto frente a la siguiente afirmación contenida en el informe inicial: "*... la no exigencia*

[157] Página 167 del Informe de respuesta a las Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Pericial Técnico.
[158] Página 168 del Informe de respuesta a las Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Pericial Técnico.

de los diseños de detalle para la firma del acta de inicio de la etapa de construcción".

Para resolver el presente motivo de objeción se transcribe la solicitud No. 3, en la cual se pidió al perito que determinara "... *si durante la etapa de preconstrucción se incorporaron nuevas obras y exigencias realizadas por la ANI y si éstas afectaron las necesidades prediales del proyecto. Explicará detenidamente su respuesta comparando las distintas versiones entregadas por el Concesionario a Dis Consultoría*" (pág. 9 del memorial de objeciones).

El Tribunal observa que la anterior solicitud sí fue respondida de fondo y de manera completa por el auxiliar de la justicia, quien señaló expresamente que entre enero de 2005 y el 24 de agosto del mismo año (etapa de preconstrucción), únicamente se encontraron solicitudes de ajustes a los diseños por temas relacionados con *(i)* el paso por Tolemaida y el Club Militar, *(ii)* el trazado del Túnel Sumapaz y *(iii)* la variante de Fusagasugá, precisando a continuación que estos ajustes no correspondían a obras nuevas y tampoco representaron un incremento en el área predial frente a los diseños originales[159].

Más adelante, el experto indicó también que con ocasión de la suscripción del Otrosí No. 8 de 20 septiembre de 2005, mediante el cual se activaron las obras y actividades pactadas en el Otrosí No. 7, se contrataron obras adicionales a las contempladas en el contrato de concesión GG-040-2004, las cuales "... *incrementaron la afectación predial inicialmente estimada. Esta afectación se encuentra estimada en las respuestas a las preguntas 2A, 3A, 15A y en el SIG VIAS PREDIOS del informe 1500/132*"[160].

Queda claro en estos términos que, contrario a lo alegado por la objetante, el auxiliar de la justicia sí se pronunció sobre lo solicitado en el interrogante No. 3 de las aclaraciones formuladas a la respuesta de la pregunta 2A, destacando igualmente que no se advierten interpretaciones que merezcan un juicio de reproche ni alguna otra falencia que afecte en este punto la consistencia de la prueba pericial.

Ahora bien, llama la atención del Tribunal que las demás observaciones planteadas por la objetante frente a este preciso interrogante no estén relacionadas con la aclaración estudiada y mucho menos con la respuesta que

[159] Página 168 del Informe de respuesta a las Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[160] Página 169 del Informe de respuesta a las Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

frente a la misma dio el perito[161]. En efecto, como se dijo antes, la convocante reprochó en este punto que el experto "*... omite referir o indicar los requisitos habilitantes para la firma del Acta de inicio de la Etapa de Construcción y no refiere a quienes la firman*" y, además, que tampoco expuso precisión alguna frente a la siguiente afirmación: "*... la no exigencia de los diseños de detalle para la firma del acta de inicio de la etapa de construcción*".

Estos precisos motivos de objeción están fuera de lugar, pues nada tienen que ver con la solicitud de aclaración No. 3 formulada frente al interrogante 2A y mucho menos frente a la respuesta correspondiente, en donde no se hizo alusión alguna a la validez o contenido del Acta de inicio de la Etapa de Construcción y tampoco a la exigencia de diseños de detalle para la firma de este documento en particular, de ahí que, para este punto específico, deban rechazarse estos argumentos debido a que la materia frente a la cual se refieren no tiene ninguna relación con el objeto y alcance de la solicitud de aclaración *sub examine* y la respuesta dada a la misma.

Por lo anterior, este motivo de objeción no prospera.

vii. Causal de objeción No. 8 – Respuesta referida al interrogante 2A

El presente motivo de objeción está referido a la siguiente solicitud de aclaración y complementación: "*Explicará el perito la afirmación contenida en el folio 59, donde manifiesta que; '... la no exigencia de los diseños de detalle para la firma del acta de inicio de la etapa de construcción...' considerando las exigencias contractuales para la suscripción del Acta de inicio de la Etapa de Construcción y Rehabilitación iniciada el 25 de agosto de 2005*".

La sola lectura de este interrogante permite advertir que es a esta pregunta a la que se refería uno de los motivos de objeción señalado en el acápite anterior. En efecto, señaló la objetante que el perito no emitió consideración alguna frente a la siguiente afirmación: "*... la no exigencia de los diseños de detalle para la firma del acta de inicio de la etapa de construcción*". Es claro que este juicio de reproche interesa a la presente solicitud de aclaración y no a la estudiada en el capítulo precedente. De esta forma, pese al equívoco en que incurrió la objetante en la formulación de estas causales de objeción, el Tribunal considera pertinente e importante referirse en este punto a este motivo en específico, garantizando de esta forma el derecho de defensa que le asiste a la convocante.

[161] Página 9 del memorial de objeciones presentado por la parte convocante.

Al dar lectura a la respuesta dada por el perito a la solicitud de aclaración No. 4 citada *supra*[162], el Tribunal encuentra que allí no se hizo consideración o precisión alguna referida a la siguiente expresión: *"... la no exigencia de los diseños de detalle para la firma del acta de inicio de la etapa de construcción"*. En efecto, en este punto en particular, el perito se limitó a reiterar que el Concesionario entregó los ajustes a los diseños el 24 de agosto de 2005 y que no tuvo conocimiento de alguna comunicación o misiva de la Interventoría o del INCO en que se hubieran aprobado estos ajustes.

Según se ve, nada dijo el experto frente a lo preguntado en esta solicitud de aclaración, esto es, que explicara a que se refería cuando hizo referencia a "*... la no exigencia de los diseños de detalle para la firma del acta de inicio de la etapa de construcción*", circunstancia que debe ser objeto de reproche por parte del Tribunal, como quiera que la tarea del auxiliar de la justicia es responder de fondo y de manera completa los distintos interrogantes que le plantean las partes y que son decretados en el respectivo auto de pruebas, incluyendo, claro está, las solicitudes de aclaración y complementación ordenadas por el Tribunal en la oportunidad correspondiente.

Sin embargo –como se ha expuesto antes–, esta omisión no constituye por sí sola un error grave, pues no hay objeto (respuesta o conclusión) frente al que pueda recaer un juicio encaminado a determinar la existencia de un equívoco o de un yerro en particular. Por esta razón, la presente causal se negará.

Ahora bien, tratándose de la objeción que de manera expresa se formula en este punto, se tiene que la convocante controvierte el pronunciamiento del perito en relación con el Otrosí No. 8, ya que –en su sentir– "*... no se explica cuál es la trazabilidad que se pierde según lo afirma el Perito*". De nuevo, tal como ocurrió en el acápite precedente, advierte el Tribunal que esta circunstancia nada tiene que ver con la solicitud de aclaración No. 4 y mucho menos con la respuesta que se dio a la misma. En efecto, al revisar de manera integral lo dicho por el perito sobre este particular, puede advertirse que nada se expuso allí en relación con la trazabilidad de los diseños[163], de manera que ningún juicio y decisión puede tomar el Tribunal al respecto.

Se advierte en todo caso que el tema de la trazabilidad de los diseños fue tratado por el perito en la respuesta a la solicitud de aclaración No. 5, a la que se refiere

[162] Página 169 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[163] Véase: Página 169 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

la siguiente causal de objeción, de manera que será allí donde podrá emitirse la valoración correspondiente.

viii. Causal de objeción No. 9 – Respuesta referida al interrogante 2A

El presente motivo de objeción está referido a la solicitud No. 5, en la cual se pidió al perito que complementara su respuesta, "*... determinando los efectos de la suscripción del Otrosí No. 8 del 20 de septiembre de 2005, sobre los diseños definitivos presentados por CABG durante la etapa de construcción*".

Al respecto, el perito se encargó de señalar que el Otrosí No. 8 "*... tuvo un impacto sobre los diseños definitivos del proyecto vial, debido a que su firma generó una pérdida de trazabilidad en los diseños*"[164], señalando a renglón seguido que, "*[e]sto ocasionó que el Concesionario a enero de 2013 aún tenga indefinición en algunos de los sectores de los trayectos en los cuales necesitaba adelantar obras de construcción*"[165]. Igualmente, indicó que el mencionado Otrosí "*... agregó grandes obras al contrato original al adicionar las obras correspondientes al Trayecto 1, el que por ser un sector urbano y un punto altamente sensible en el tráfico de vehículos que entran y salen de la ciudad de Bogotá tuvo un gran efecto sobre la ejecución de las obras del Contrato de Concesión*"[166].

Frente a este pronunciamiento en particular, la objetante manifiesta que la respuesta del perito es confusa y errada. Puntualmente, trayendo a colación en este punto el argumento esbozado en la causal de objeción anterior, la convocante manifiesta que no puede tenerse como cierta la afirmación según la cual, la suscripción del Otrosí No. 8 generó una pérdida de trazabilidad en los diseños, pues de haber revisado con detenimiento los documentos contractuales, hubiera podido advertir que con el Otrosí No. 8 se contrataron nuevos diseños complementarios a los entregados el 24 de agosto de 2005, y que era obvio que ambos diseños serían ajustados como ocurre en cualquier proyecto de infraestructura. Aunado a lo anterior, la objetante se duele de la falta de respuesta por parte del perito, ya que –a su juicio– no precisó los efectos que tuvo el Otrosí No. 8 sobre los diseños entregados por CABG.

Tratándose del último punto en cuestión, esto es, de la supuesta falta de respuesta, el Tribunal advierte que este reproche no tiene mérito de prosperidad,

[164] Página 170 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[165] Página 170 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[166] Página 170 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

como quiera que el experto sí indicó de manera expresa los efectos que según su análisis se generaron en materia de diseños a raíz de la suscripción del Otrosí No. 8. En concreto, el perito dijo que esto había dado lugar a una pérdida de trazabilidad de los diseños debido a la contratación de unos diseños y de unas obras nuevas, como era el caso de aquéllas que se pactaron para el Trayecto 1, sitio en el cual se generaron traumatismos en la movilidad debido al tráfico vehicular que transita por la zona.

Ahora bien, en cuanto a la conclusión de la "*... pérdida de trazabilidad en los diseños*", el Tribunal observa que esta especial circunstancia no merece tampoco un juicio de reproche, pues se trata simplemente de una conclusión de orden técnico emitida por el perito tras advertir que el Otrosí No. 8 había dado lugar a la elaboración de nuevos diseños, razón por la cual consideró que de esta forma el diseño inicial perdía trazabilidad ante la clara modificación que para el alcance del mismos significó la realización de los nuevos diseños contratados en el documento modificatorio.

Es claro, entonces, que no prospera ninguno de los motivos alegados frente a esta específica respuesta dada por el perito.

ix. Causal de objeción No. 10 – Respuesta referida al interrogante 2A

Según la objetante, el perito no contestó la solicitud No. 6 en la que se le pidió que complementara su respuesta "*... estableciendo si el Otrosí No. 8 generó necesidades adicionales de predios a las contempladas en el capítulo correspondiente de (sic) los diseños definitivos*".

Contrario a lo afirmado por la sociedad convocante, el Tribunal encuentra que el perito en su respuesta a la solicitud No. 6, de manera puntual señala que la suscripción de los distintos otrosíes y adicionales al contrato de concesión significaron una afectación predial, precisando a continuación que "*... el desarrollo de estas obras nuevas requeridas para los Trayectos 1, 11 y 12 generaron un incremento de predios*"[167]. Además, cabe recordar que en respuestas anteriores el perito se había pronunciado también frente a este asunto en particular, concluyendo que las obras adicionales pactadas en el Otrosí No. 8 "*... incrementaron la afectación predial inicialmente estimada. Esta afectación se encuentra estimada en las respuestas a las preguntas 2A, 3A, 15A y en el SIG VIAS PREDIOS del informe 1500/132*"[168].

[167] Página 170 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[168] Página 169 del Informe de respuesta a las Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

Como puede observarse, el auxiliar de la justicia sí dio respuesta concreta al interrogante estudiado, destacando que no solo se refirió a este tema al pronunciarse frente a esta solicitud de complementación, sino, también, en otros apartes de la experticia, la cual debe ser estudiada y entendida de manera conjunta.

Ahora bien, frente a la respuesta *sub examine*, la convocante critica los supuestos juicios expresados por el perito respecto de las demoras e incumplimientos en la gestión y adquisición de predios; sin embargo, el Tribunal observa que ninguna consideración de este talante emitió el auxiliar de la justicia al responder la solicitud de complementación No. 6, de manera que no hay lugar a efectuar al respecto pronunciamiento alguno.

Por estas razones, la presente causal de objeción también se rechazará.

x. Causal de objeción No. 11 – Respuesta referida al interrogante 2A

La sociedad convocante plantea un nuevo motivo de objeción referido a la solicitud No. 7, alegando al respecto que el perito no contestó cuando se le solicitó que complementara su respuesta "*... determinando con base en la trazabilidad de la solicitud y requerimiento del riesgo predial, cuando y como informó el Concesionario a la ANI de dichas necesidades, su nivel de afectación sobre el proyecto, y que hizo la ANI para la mitigación de dicho riesgo a su cargo*".

El Tribunal encuentra sobre este particular que, si bien el experto refiere en su respuesta algunas comunicaciones expedidas por el INCO y la Interventoría atinentes a demoras o incumplimientos de orden predial, no trae a colación comunicación alguna emitida por el concesionario informando sobre las solicitudes y requerimientos de orden predial y su nivel de afectación, a lo cual se agrega que tampoco hace mención de las eventuales acciones que hubiere adoptado la entidad pública para superar estos problemas.

Así, considerando que el auxiliar de la justicia no manifestó que esta información o las comunicaciones correspondientes no existieran, es claro para el Tribunal que quien tenía la carga de identificar y entregar al perito las comunicaciones era la sociedad concesionaria.

Así las cosas, tampoco tiene mérito de prosperidad el presente motivo de objeción.

xi. Causal de objeción No. 12 – Respuesta referida al interrogante 3A

En el interrogante 3A, la parte convocante pidió al perito que elaborara y presentara un gráfico comparativo entre el diseño geométrico de la adjudicación y el diseño geométrico tenido en cuenta para el inicio de la Etapa de Construcción y Rehabilitación, determinando con base en ello si se generó un incremento en el área predial requerida para la ejecución del proyecto, calculando un porcentaje del referido incremento y explicando los factores tenidos en cuenta para calcularlo.

Para la objetante, el perito incurrió en un error grave debido a que no contestó en este punto si se presentó un incremento en el área predial requerida para la ejecución del proyecto, pues –en su sentir– el experto se limitó a manifestar simplemente "*... que el Otrosí No. 21 fue realizado luego de su nombramiento y que su respuesta se fundamentó en un informe mensual de la interventoría del mes de marzo de 2013 (también de fecha posterior a su nombramiento)*".

Revisada la experticia, el Tribunal encuentra que no le asiste razón a la sociedad convocante, habida cuenta que el doctor Parra Ferro sí realizó un amplio análisis de orden comparativo referido a la necesidad predial del proyecto, determinando de manera específica las diferencias encontradas frente a cada trayecto entre el diseño geométrico que fue tenido en cuenta para la adjudicación y el que se implementó en la etapa de construcción del proyecto, concluyendo de manera clara que "*...el incremento del área predial requerida para la implantación del Proyecto Vial Bosa – Girardot, frente a la estimación inicial planteada con los diseños de licitación frente a los diseños de construcción, es de 425%, es decir que el área inicial estimada de 46.6 ha pasó a 244.7 ha*".

Es claro, entonces, que el perito sí respondió en este caso lo preguntado, para lo cual tuvo en cuenta información que le fue suministrada por la entidad pública, por la Interventoría y por la misma sociedad concesionaria, de manera que no es cierto lo manifestado por la apoderada de la convocante cuando alega que el perito únicamente se limitó a señalar "*... que el Otrosí No. 21 fue realizado luego de su nombramiento y que su respuesta se fundamentó en un informe mensual de la interventoría del mes de marzo de 2013 (también de fecha posterior a su nombramiento)*".

En estos términos la presente causal de objeción debe ser rechazada.

xii. Causal de objeción No. 13 – Respuesta referida al interrogante 3A

La objetante plantea un nuevo motivo concerniente a la solicitud de aclaración No. 1 del interrogante 3A, señalando al respecto que "*[e]l perito no contesta, ni con la respuesta original ni con la aclaración y se refiere a otro tema. Indica que se desafectaron predios correspondientes al trayecto 1 y que los predios asociados a las obras desafectadas equivalen (a las obras) al 12.87% del valor de las obras desafectadas. La pregunta y la aclaración versan sobre predios en porcentajes y no en obras (...) En consecuencia, el perito realiza unos porcentajes prediales sobre un cien por ciento que no los incluye, siendo por ende, contundente la gravedad de su error*".

Como se dijo antes, en la pregunta 3A se solicitó al perito que efectuara un análisis de orden predial, a fin de establecer el incremento de áreas entre el diseño geométrico que se tuvo en cuenta para la licitación y el que se implementó en la ejecución del proyecto. En el marco de la respuesta a este interrogante, el perito se refirió a la entrada en vigencia del Otrosí No. 21, señalando frente al mismo que éste "*... desafectó un porcentaje de predios para el trayecto 1 equivalente al 12.87% de obras, la cual se encuentra contabilizada en la información entregada por la ANI y por el informe de Interventoría*"[169]. Para sustentar esta respuesta, el experto relaciona la Tabla No. 3A-3, en la cual expone en detalle la desafectación de las obras que tuvo lugar con la celebración del Otrosí No. 21, concluyendo en este punto que la mencionada desafectación correspondió al 12.87%[170].

Frente a la respuesta anterior, la sociedad convocante solicitó al auxiliar de la justicia que aclarara o precisara la afirmación según la cual, "*... con la entrada en vigencia del otrosí 21, se desafectó un porcentaje de predios para el trayecto 1 equivalente al 12.87% de las obras*". Atendiendo esta petición, el experto señaló en el informe de respuesta a las aclaraciones y complementaciones que la información con fundamento en la cual se había pronunciado en este sentido, correspondía a la consignada en el informe mensual de interventoría del mes de marzo de 2013, en el cual se incluye la referida Tabla 3A-3 sobre la desafectación de las obras para el Trayecto 1 con la firma del Otrosí No. 21, aclarando en todo caso "*...el sentido de la frase en mención del informe 1500/13* ", sugiriendo *"cambiar la frase de la siguiente forma '(...) con la entrada en vigencia del otrosí 21, se desafectaron predios para el trayecto 1 correspondientes a los predios asociados a las obras desafectadas cuyo valor (de las obras) equivale al 12.87% del valor total de las obras desafectadas(...)'*"[171].

[169] Página 73 del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 27).
[170] Página 76 del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 27).
[171] Página 172 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

Ningún reproche merece la respuesta dada en estos términos por el auxiliar de la justicia, pues se advierte que en el marco de la pregunta original, el experto hizo referencia a lo acontecido con el Otrosí No. 21, señalando al respecto que la celebración del mismo había generado una desafectación predial para el Trayecto 1, conforme lo indicaba el informe mensual de interventoría de marzo de 2013. Así mismo, tratándose de la solicitud de aclaración, el perito se pronunció expresamente al respecto, dejando en claro como se dijo atrás, que con la entrada en vigencia del mencionado otrosí 21 *" se desafectaron predios para el trayecto 1 correspondientes a los predios asociados a las obras desafectadas cuyo valor (de las obras) equivale al 12.87% del valor total de las obras desafectadas(...)"*[172]

Ahora bien, en cuanto al argumento de la objetante, quien aduce que al perito se le preguntó por la desafectación y sus efectos prediales, más no en obras, debe traerse a colación en este punto lo expresado por el perito al responder la solicitud de aclaración No. 1 al interrogante 13A, oportunidad en la cual clarificó respecto del Otrosí No. 21 que, *"[d]ebido a que las obras correspondientes al espacio público y los carriles de Transmilenio no requerían compra de predios, no se generó afectación al área predial a adquirir por el Concesionario sino a las obras como tal, las cuales se vieron reducidas en un 12.87%"*[173].

Queda en evidencia de esta forma que el perito sí respondió en este caso lo preguntado, primero, al estudiar la pregunta original (3A) y sustentar las conclusiones expuestas al respecto y, segundo, al referirse de manera puntual a la solicitud de aclaración formulada por la convocante.

En estos términos se rechaza la presente causal de objeción.

xiii. Causal de objeción No. 14 – Respuesta referida al interrogante 3A

A manera de objeción, la concesionaria controvierte la conclusión expuesta por el perito al responder la solicitud de aclaración No.1 formulada frente al interrogante 3A. Concretamente, la objetante aduce que el experto se equivocó al analizar el contenido del Otrosí No. 8 y concluir con base en el mismo que las obras allí

[172] Página 172 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[173] Página 223 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

pactadas para el Trayecto 1, "*... serán financiadas por el Concesionario y tendrán su remuneración dentro del ingreso esperado del proyecto*"[174].

A juicio de la sociedad convocante, el perito malinterpretó el numeral 10 de la cláusula primera del Otrosí No. 8, pues nada se dice en este aparte sobre la financiación de la adquisición predial atinente al Trayecto 1 y mucho menos que esta obligación radique en cabeza de la sociedad contratista. Continúa señalando que si bien es cierto que al concesionario le compete adelantar las labores necesarias para la adquisición de los predios, no puede entenderse de lo pactado en el mencionado Otrosí que la financiación correspondiente también esté a cargo de la contratista.

Sobre este particular, el Tribunal observa que en la solicitud de aclaración objeto de análisis, la convocante le había pedido al experto que, de acuerdo con lo estipulado en el Otrosí No. 8, aclarara quien debía financiar dicho trayecto[175]. En este entendimiento, tomando como sustento el referido numeral 10 de la cláusula primera del mencionado otrosí, el experto concluyó que las obras correspondientes al Trayecto 1 serían financiadas por el concesionario y se remunerarían con el ingreso esperado[176].

Como puede observarse, el auxiliar de la justicia respondió en este caso lo preguntado. Ahora bien, entendiendo que la especialidad del experto en este caso es meramente técnica, hay que considerar que la veracidad de la conclusión expuesta en este punto corresponde a un juicio de orden jurídico que es competencia única y exclusiva del Tribunal Arbitral, quien deberá establecer en la oportunidad correspondiente el alcance de la obligación en comento, teniendo en cuenta para ello lo estipulado en el mencionado documento modificatorio.

Así, al advertir que las manifestaciones hechas por el auxiliar de la justicia en este preciso punto de su experticia corresponden a juicios o discernimientos de contenido jurídico, es preciso tener presente que la existencia de los mismos es del todo intrascendente, habida cuenta que es al Tribunal a quien corresponde efectuar dichos análisis u observaciones. En efecto, "... los *asuntos estricto sensu jurídicos, se reservan al juzgador, siendo inocuas e inanes las eventuales*

[174] Página 173 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[175] Página 173 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[176] Página 173 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

opiniones de los expertos sobre puntos de derecho y las objeciones de 'puro derecho' sobre su alcance o sentido"[177].

Considerando, entonces, que son inanes o inocuas las manifestaciones de orden jurídico expuestas por el perito, la objeción planteada no tiene vocación de prosperidad.

xiv. Causal de objeción No. 15 – Respuesta referida al interrogante 3A

Frente a la misma solicitud de aclaración No. 1, correspondiente al interrogante 3A, la convocante plantea otra causal de objeción por el supuesto equívoco en que incurrió el perito al concluir que "*... dentro del alcance del otrosí 8, firmado por las partes en el mes de octubre de 2005, sí se contemplaba el desarrollo de las obras a cargo del concesionario para la construcción de los puentes de las intersecciones de Terreros y San Mateo*".

A juicio de la objetante, no es correcta la afirmación hecha en estos términos por el auxiliar de la justicia, habida cuenta que, si bien las obras concernientes a la construcción de los puentes de las intersecciones de Terreros y San Mateo estaban contenidas en el Otrosí No. 8 –como lo dijo el experto–, en la respuesta no se indicó que la ejecución de dichas obras se había condicionado a la previa verificación de la necesidad técnica de las mismas y a que se definieran las condiciones para su financiación.

Es cierto como lo afirma la objetante que el perito al estudiar el contenido del Otrosí No. 8 en este punto específico[178], hizo referencia a las obras para la construcción de los puentes de las intersecciones de Terreros y San Mateo, sin indicar la existencia de condicionamiento alguno para la ejecución de las mismas. Ahora, pese a que en este punto específico no se hizo referencia alguna a los supuestos condicionamientos que sujetaban la realización de estas obras, el Tribunal advierte que dicho asunto sí fue abordado y tenido en cuenta por el perito al responder la solicitud de aclaración No. 2 frente al interrogante 6A, oportunidad en la que indicó de manera expresa que "*... las obras de los puentes de las intersecciones Terreros y San Mateo estaba supeditada al nivel de servicio de las mismas y la posibilidad de financiación con cargo a los ingresos de la concesión, las cuales se autorizaron mediante Adicional No 1 firmado el día 21 de enero del 2010*"[179].

[177] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de ocho (8) de septiembre de 1993, Exp. 3.446.
[178] Página 174 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[179] Página 201 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico.

Como se aprecia, el auxiliar de la justicia sí advirtió en su pericia sobre los condicionamientos referidos a la construcción de los puentes de las intersecciones de Terreros y San Mateo, de ahí que no haya lugar a efectuar en este caso reproche alguno, pues hay que recordar que la prueba pericial debe ser revisada y valorada en su conjunto, circunstancia que lleva a concluir que el perito no incurrió en una omisión injustificada sobre este particular.

En estos términos, se rechaza la presente causal de objeción.

xv. Causales de objeción No. 16, 17, 18 y 19 – Respuesta referida al interrogante 3A

En las causales de objeción No. 16, 17, 18 y 19, referidas todas ellas a la solicitud de aclaración No. 1 relacionada con el interrogante 3A, la objetante reprocha la falta de respuesta del perito a las mencionadas peticiones, circunstancia que –en su sentir– denota falta de rigor por parte del experto y da lugar a la configuración de sendos errores graves.

Revisando las respectivas solicitudes de aclaración, así como las manifestaciones hechas por el auxiliar de la justicia frente a las mismas, se evidencia lo siguiente:

Solicitud de Aclaración	Manifestación del perito
"El tema del Otrosí 21, que afectó las obras adicionadas al Contrato, ¿fue mediante Otrosí 18 u Otrosí 8?"	*"No se entiende la solicitud de aclaración."*
"En atención al Acuerdo Conciliatorio del 5 de marzo del 2013 con el cual se concilió parcialmente el Tribunal de Arbitramento instaurado por la Concesión el 24 de octubre de 2012, se definieron las obras asignadas a cada trayecto –subtrayectos– de acuerdo al Contrato de Concesión GG-040 de 2004 y sus otrosíes y adicionales, con base en dicha definición, determinará si el Otrosí No. 8 incluyó dentro de las obras del Trayecto 4, la construcción del Puente Peatonal Sabaneta y pasaganado Sabaneta, tal y como lo muestra el perito en la Tabla 3A-4 Obras Requeridas para el Trayecto 4, mencionado en el folio 78."	*"El perito no fue notificado acerca del Acuerdo Conciliatorio y no conoce su contenido. Se cataloga como tema nuevo."*
"Con fundamento en las respuestas anteriores, se solicita al perito aclarar el	*"El perito conceptúa que la Tabla 3A-5, obras requeridas para el trayecto 5, es*

contenido en la Tabla 3A-5 Obras Requeridas para el Trayecto 5 como se muestra a continuación: (...)"	*clara."*
"El perito deberá aclarar lo contenido en el folio No. 90, de conformidad con el Acuerdo Conciliatorio del 5 de marzo de 2013 con el cual se concilió parcialmente el Tribunal de Arbitramento instaurado por la Concesión el 24 de octubre de 2012, se definieron las obras asignadas a cada trayecto –Subtrayectos– de acuerdo al Contrato de Concesión GG-040 de 2004, como consecuencia de ello, aclarará la Tabla 3A-7 Obras Requeridas para el Trayecto 7 como se muestra a continuación."	*"El perito no fue notificado acerca del Acuerdo Conciliatorio y no conoce su contenido."*

Como puede observarse, es cierto que el perito se abstuvo de dar respuesta concreta y completa a las peticiones de aclaración mencionadas. Vale destacar igualmente que en el evento en que el perito hubiere tenido dudas en cuanto al objeto de una petición concreta o requiriera de información adicional para dar respuesta a la misma, tuvo el espacio y las oportunidades pertinentes para exponer en este sentido las solicitudes a que hubiera lugar.

Es cierto que la falta de pronunciamiento del experto no da lugar a la configuración de un error grave en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, habida cuenta que ni siquiera hay respuesta por parte del perito que pueda ser objeto de valoración a fin de establecer la existencia de una eventual equivocación[180]. Pero esto no es óbice para que el Tribunal reproche de manera categórica la conducta asumida por el auxiliar de la justicia frente a los interrogantes en mención, ya que su concepto especializado es del todo necesario para entender la controversia y resolver las pretensiones de las partes, sin que haya lugar a distinguir entre las preguntas formuladas en los cuestionarios iniciales y las peticiones planteadas en sede de aclaraciones y complementaciones.

En esto términos no prosperan las objeciones planteadas.

xvi. Causal de objeción No. 20 – Respuesta referida al interrogante 3A

[180] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de nueve (9) de julio de 2010, Rad. 1999-02191-01.

La objetante aduce frente a la solicitud de aclaración No. 17 referida al interrogante 3A, que el perito incurrió en un error al responder esta petición, en atención a que "*... confunde la desafectación Predial y su costo, con el costo de las obras asociadas a tal desafectación y en consecuencia contesta otra cosa*".

Debe comenzar el Tribunal por señalar que en el marco de la pregunta 3A no se formuló en concreto una petición encaminada a que el perito determinara el porcentaje de la desafectación predial y el costo de la misma que se generó para el Trayecto 1, con ocasión de la celebración del Otrosí No. 21. Esto es importante en atención a que, si bien el perito expone algunas consideraciones sobre este particular, lo hace para resolver la solicitud encaminada a determinar los incrementos de orden predial que tuvieron lugar con la ejecución del diseño geométrico de la Etapa de Construcción y Rehabilitación del proyecto.

Precisado lo anterior, se tiene que el perito, al dar respuesta al mencionado interrogante 3A, señaló que "*... el análisis adelantado para el cálculo del incremento predial por la implantación del proyecto vial Bosa-Granada-Girardot, no contempla la desafectación predial al trayecto 1, causada con la entrada en vigencia del otrosí 21*"[181].

A raíz de esta consideración, la parte convocante le pidió que explicara "*... a cuál desafectación predial con ocasión al Otrosí 21 se refiere en el folio No. 123 del dictamen técnico*". En respuesta a esta inquietud, el doctor Parra Ferro indicó, en primer lugar, que el sustento de estas elucubraciones fue el informe mensual de interventoría correspondiente al mes de marzo de 2013, señalando en segundo término, que ante la petición elevada por la convocante, proponía la siguiente redacción a fin de clarificar el sentido de la expresión o frase en cuestión: "*... el perito sugiere cambiar la frase de la siguiente forma '(...) con la entrada en vigencia del otrosí 21, se desafectaron predios para el trayecto 1 correspondientes a los predios asociados a las obras desafectadas cuyo valor (de las obras) equivale al 12.87% del valor total de las obras desafectadas (...)*'"[182].

Ningún reproche merece la respuesta del perito, pues de manera concreta se señaló el porcentaje que técnicamente correspondía a las obras asociadas a la desafectación pactada en el marco del Otrosí No. 21, atendiendo de esta forma la petición de aclaración formulada por la convocante. Ahora bien, si lo que se pretendía era obtener el porcentaje de desafectación de los predios a raíz de la

[181] Página 124 del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 27).
[182] Página 186 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

suscripción del mencionado otrosí, debió plantearse en estos términos el respectivo interrogante por la parte interesada, cosa que no ocurrió.

En este orden de ideas, debe rechazarse esta causal de objeción.

xvii. Causal de objeción No. 21 – Respuesta referida al interrogante 3A

En el marco de la respuesta a la pregunta 3A, el doctor Parra Ferro concluyó que el porcentaje correspondiente al 34% del incremento de área predial evidenciado para el proyecto vial Bosa-Granada-Girardot, obedeció al área predial requerida para atender los problemas identificados durante la construcción del proyecto "*... para la estabilización de taludes, estabilización de zonas inestables, construcción de obras de drenajes, áreas mínimas desarrollables, factores ambientales, entre otros*"[183].

En sede de aclaraciones y complementaciones, la parte convocante solicitó al perito que "*demostrara*" la mencionada afirmación, teniendo en cuenta "*... las Tablas 3A-15, 3A-16, 3A-17, 3A-18, 3A-19, 3A-20, 3A-21 y 3A-22 las que se aclara mediante una nota que el 'Área de predios requeridos por otros factores' corresponden entre otros a los predios requeridos por la línea de chaflanes*".

Refiriéndose a esta precisa inquietud, el experto reiteró que en la documentación suministrada por las partes no reposaba información que diera cuenta de los factores por los cuales se adquirió cada uno de los predios, razón por la cual fue necesario realizar la superposición de la información y crear el denominado SIG VÍAS PREDIOS, implementándose así una metodología que le permitió determinar "*... el porcentaje del área de cada predio, contenido en cada uno de los elementos. El área restante que no se encuentra incluido en cada uno de los elementos anteriormente mencionados, se toma como 'área de predios adquiridos por otros factores' debido a que el perito desconoce el origen de la adquisición de esas áreas*"[184].

Ahora bien, la objetante controvierte esta conclusión señalando que "*no comparte tal argumentación*", toda vez que la misma es errónea "*... en el sentido del argumento esgrimido por el Perito, de colocar bajo el rótulo de predios requeridos por 'otros factores' a los predios que precisamente debido a la falta de contar con la línea de Chaflanes, resultaron ser sustancialmente superiores a los estimados inicialmente, sin contar con los predios requeridos para garantizar la*

[183] Página 122 del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 27).
[184] Página 187 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

estabilidad de los taludes y que entre otras también definen en su límite, los Chaflanes de corte y/o relleno".

Observando las respuestas emitidas por el perito, así como las constancias y explicaciones suministradas al respecto, el Tribunal encuentra que el reproche que se plantea en este punto corresponde a un desacuerdo o a una divergencia que tiene la parte convocante frente a las apreciaciones técnicas emitidas por el perito, circunstancia que según se ha dicho no puede dar lugar a la configuración de un error grave. En efecto, es claro que a fin de determinar los factores que dieron lugar al incremento del área predial, el doctor Parra Ferro dejó constancia desde un principio que no contaba con información proveniente de las partes para establecer esta especial circunstancia, de ahí la necesidad que tuvo de implementar una metodología que desde el punto de vista técnico le permitiera entender las razones que llevaron a requerir un área predial mayor a la estimada para el proyecto.

Fruto de la aplicación de este método o sistema, el experto logró establecer un resultado concreto, pudiendo determinar con base en ello el factor o motivo que llevó a la adquisición de los predios del proyecto; sin embargo –tal como se indica en la respuesta–, hubo un área restante que debió denominar como "*predios adquiridos por otros factores*" (taludes, áreas mínimas desarrollables, predios en inestabilidad, predios para el desarrollo de obras adicionales, zonas inestables, chaflanes, y demás factores que se identifican durante la construcción del proyecto)[185], debido a que estos no encuadraban en ninguno de los otros elementos o factores prefijados para tal fin, esto es, áreas obligatorias por ley, áreas requeridas por decisión del concesionario, entre otras.

Como se puede observar, la clasificación de "*predios adquiridos por otros factores*" que controvierte la objetante, tiene un sustento lógico y técnicamente válido, pues es producto de la implementación de una metodología técnicamente soportada por el auxiliar de la justicia (Sistema de Información Geográfico – SIG VIAS PREDIOS) que de manera alguna puede dar lugar a la configuración de un error grave, máxime cuando la ley de manera puntual dispone que los peritos realizaran *"...los experimentos e investigaciones que consideren necesarios"* (artículo 237 del C.P.C.). No sobra advertir, que el ingeniero Parra Ferro al dar respuesta al interrogante 4ª, también expone de manera amplia lo concerniente al incremento en el área predial requerido para la ejecución del proyecto, así como las causas o factores que dieron lugar al mismo.

Estas razones son suficientes para denegar el presente motivo de objeción.

[185] Tabla 3A-22, contenida en la Página 12 Pr4 del Informe inicial correspondiente al Dictamen Pericial Técnico (folio 147 del Cuaderno de Pruebas 27).

xviii. Causal de objeción No. 22 – Respuesta referida al interrogante 4A

En el interrogante 4A planteado en el cuestionario inicial, se solicitó al perito que indicara, según su criterio, cuál de los contratantes debía asumir *el riesgo por la implantación* del diseño geométrico del proyecto con respecto a la financiación para la adquisición de predios y la gestión predial, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas 14 y 37 del contrato.

Al responder la pregunta en cuestión, el perito señaló que "*[l]os valores que sean requeridos para la adquisición predial que superen este aporte inicial del Concesionario [de $9.000'000.000], serán sufragados por la ANI, pero el Concesionario deberá aportarlos temporalmente, mientras desarrolla las labores de la gestión predial*", señalando enseguida que por esta financiación, la entidad pública le reconocería unos intereses remuneratorios y moratorios que –a su juicio– "*... son atractivos financieramente en las condiciones económicas actuales*"[186].

Al momento de las aclaraciones y complementaciones, la parte convocante pidió al experto que, en conjunto con el perito financiero, indicara si los aportes adicionales realizados por la concesión en exceso fueron reembolsados al concesionario y si se pagaron los intereses a que alude en su respuesta inicial. Sobre este particular, el perito además de advertir que este asunto no fue tratado en el interrogante inicial, aclaró que su respuesta era competencia del perito financiero.

Para la objetante, se configura en este caso un error grave debido a que el perito no respondió lo preguntado.

Es cierto que el perito no dio respuesta puntual a lo requerido, pero sí explicó el por qué de su abstención, negativa que el Tribunal encuentra justificada, en orden a que la materia a tratar, vale decir, determinar si la entidad efectuó el reembolso mencionado y pagó los respectivos intereses, corresponde más a un asunto de carácter financiero que a uno técnico, tal como lo expreso el auxiliar de la justicia.

Por estas razones se deniega esta causal de objeción.

xix. Causal de objeción No. 23 – Respuesta referida al interrogante 4A

[186] Página 8 Pr4A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico (folio143 del Cuaderno de Pruebas 27).

La sociedad convocante solicitó al perito que aclarara la respuesta correspondiente a la pregunta 4A, en los siguientes términos:

> "*Según folio 145; considera el Perito que el hecho de haber estimado los estudios de INGETEC, respecto al derecho de vía de la vía existente, que estos eran propiedad de la nación y haber estimado la afectación predial del proyecto sin tener en cuenta las líneas de chaflanes, fue el factor determinante para que se haya subestimado el área, número y valor de los predios requeridos para el proyecto.*"

Al respecto, el doctor Parra Ferro señaló en su informe que en las Tablas relacionadas en las respuestas a los interrogantes 1A, 2A, 3A y 4A se expusieron los distintos factores o causas que dieron lugar al incremento predial que se había estimado para el proyecto, indicando a continuación que, "*[e]l perito no afirma que en los estudios de INGETEC et. al. se haya asumido que los predios correspondientes a la franja del derecho de vía existente ya eran propiedad de la Nación. Se ha señalado que hubo subestimación en esta investigación de los predios que no eran propiedad de la Nación, ubicados dentro de la franja del derecho de la vía existente*"[187].

Frente estas consideraciones, se expone a manera de objeción un extenso y confuso relato[188] del cual puede colegirse que el error grave alegado por la convocante consiste en una supuesta contradicción en que incurrió el experto cuando dijo en su respuesta a las aclaraciones que él no había afirmado que en los estudios de INGETEC se hubiere asumido que los predios correspondientes al derecho de vía existente ya eran propiedad de la Nación, sabiendo que en el informe inicial de la pericia sí había señalado que "*... los estudios de INGETEC partieron de la premisa o base del derecho de vía (sic), contradicción que constituye un error grave por factores metodológicos*".

Teniendo en cuenta el juicio de objeción que propone la sociedad convocante, el Tribunal puede advertir que, tratándose del denominado derecho de vía, en el informe inicial se expuso por parte del auxiliar de la justicia que, "*[c]on el aprovechamiento del corredor vial existente, lo que se busca es una afectación predial mínima, mediante la utilización del derecho de vía existente (asumiendo que este derecho de vía es propiedad del Estado)*"[189].

El aparte citado deja en evidencia que, si bien el perito no emitió la citada afirmación como algo que INGETEC hubiere manifestado en sus estudios y

[187] Página 189 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[188] Páginas 16 y 17 del memorial de objeciones.
[189] Página 35 del Informe inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 27).

diseños –que es lo entendido por la objetante–, si asumió a título personal una premisa general según la cual, el derecho de vía existente es propiedad del Estado, expresión que pudo dar lugar a discrepancias debido a su aparente contrariedad con la respuesta dada en sede de aclaraciones. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta especial circunstancia fue precisada de manera expresa por el auxiliar de la justicia en distintos apartes de su pericia, al explicar que este factor del incremento del área predial consistió en que "*... fue necesario adquirir predios que estaban afectados por el corredor del derecho de la vía existente, los cuales tampoco se habían comprado cuando había sido construida la vía existente*"[190].

Es claro, entonces, que el incremento del área predial no se dio en este caso porque INGETEC hubiere asumido en sus estudios y diseños que las áreas correspondientes al derecho de vía ya eran propiedad del Estado –según lo entendió la objetante–, sino que el factor determinante consistió en que dichos estudios y diseños subestimaron "*... los predios que no eran propiedad de la Nación, ubicados dentro de la franja del derecho de la vía existente*"[191].

De esta forma, al constatar que fue consecuente y congruente la posición del experto frente a este particular, no prospera la causal de objeción formulada al respecto y, por tanto, será rechazada.

xx. Causal de objeción No. 24 – Respuesta referida al interrogante 4A

A título de objeción, la sociedad convocante aduce que el perito no contestó la solicitud de aclaración No. 2 concerniente al interrogante 4A, y que tampoco corrigió la afirmación hecha en el informe inicial de la pericia. De manera puntual, se pidió al perito en sede de aclaraciones que explicara, "*... según la experticia financiera que posee, en qué se basa para afirmar que los riesgos de un proyecto de concesión pueden ser ilimitados*".

Frente a esta clara pregunta, el experto, de una parte, indicó que su afirmación se sustentó en las condiciones pactadas en el contrato, las cuales a su juicio no fueron aclaradas ni corregidas por las partes en los diversos otrosíes que se suscribieron y, de otra, concluyó que el objeto del interrogante tenía un contenido financiero que no era de su competencia y merecía una interpretación jurídica que debía realizar el Tribunal Arbitral.

[190] Página 10 Pr4A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico (folio 145 del Cuaderno de Pruebas 27).
[191] Página 189 del Informe de respuesta a las aclaraciones y complementaciones al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

Como se aprecia, pese a que el experto manifiesta que se trata de un tema que no es de su resorte, procedió a responder un interrogante que en criterio del Tribunal es de contenido jurídico y, por ende, de su exclusiva competencia. En este sentido, las manifestaciones efectuadas a este respecto por el auxiliar de la justicia deben tenerse como insustanciales, sin que ello signifique la configuración de un error grave que afecte la pericia.

No prospera la objeción planteada.

xxi. Causal de objeción No. 25 – Respuesta referida al interrogante 4A

Una nueva objeción plantea la convocante por no obtener respuesta a una pregunta. Se trata de la solicitud de aclaración No. 3 referida al interrogante 4A, frente a la cual se indica que el perito infundadamente se abstuvo de responder, señalando que se trataba de un asunto atinente a la pericia financiera y al Tribunal mismo.

En la petición en comento se solicitó al perito que "demostrara" si conocía las comunicaciones a través de las cuales el concesionario solicitó formalmente a la ANI que se suscribiera un otrosí aclaratorio de la cláusula 37.6, indicando la fecha de las mismas, su objeto y la respuesta recibida. Además, debía determinar "*... si considera aceptable la actuación de la ANI respecto de dicho tema*".

El Tribunal ha dicho ya varias veces que, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, la falta de respuesta a una pregunta no configura per se un error grave.

Ahora bien, en cuanto al análisis que se pidió respecto de la conducta asumida por la ANI, es el Tribunal quien debe apreciar jurídicamente el comportamiento contractual de las partes, de manera que, por más que se tengan en cuenta para tal efecto las conclusiones de orden técnico emitidas por el auxiliar de la justicia, ninguna valoración de naturaleza jurídica le compete realizar al experto en este sentido.

En estos términos, la presente causal de objeción no prospera.

xxii. Causal de objeción No. 26 – Respuesta referida al interrogante 4A

En la solicitud de aclaración No. 7 referida al interrogante 4A se pidió al experto que precisara "*... cuáles son las dificultades financieras a que se refiere el perito, más aún debe explicar el perito a qué incidencias producto de estas supuestas dificultades financieras se refiere: - Mayores costos financieros, - Mayores*

tiempos de ejecución, - Falta de recursos para atender oportunamente algunos frentes de obra y labores de mantenimiento".

La objetante aduce al respecto que no se respondió parcialmente esta solicitud de aclaración, pues "*... el perito no contesta el efecto que todos los argumentos por él señalados implicaron en las finanzas del Concesionario*".

Considerando el reproche efectuado en estos términos por la sociedad convocante, el Tribunal encuentra que el mismo no tiene lugar, habida cuenta que, de un lado, el perito sí aclaró en su respuesta la inquietud que le fue planteada, señalando que el incremento sustancial en el número de los predios requeridos para la ejecución del proyecto tuvo diversas repercusiones de orden técnico, operativo y financiero, encargándose igualmente de enlistar a continuación las mencionadas circunstancias que soportaban su respuesta y, de otra parte, porque en la mencionada solicitud de aclaración no se le pidió que indicara los efectos que generaron estas circunstancias en las finanzas del concesionario –como lo aduce la objetante–, de ahí que no había lugar a emitir en este sentido respuesta alguna, destacando en todo caso que se trataba de un tema de orden financiero que claramente no correspondía a la especialidad del doctor Parra Ferro.

Por estas razones, la causal de objeción no prospera.

xxiii. Causales de objeción No. 27 y 28 – Respuesta referida al interrogante 4A

En cuanto a las solicitudes de aclaración No. 6 y 7 referidas al interrogante 4A, se plantean sendas objeciones en atención a que, según la sociedad convocante, el perito se abstuvo de dar una respuesta. Para el efecto, el Tribunal trae a colación las peticiones mencionadas y la manifestación hecha por el perito frente a las mismas:

Solicitud de Aclaración	Manifestación del perito
"*6. Establecerá el perito cuando se iniciaron las retenciones de peajes contra el concesionario y si dicha situación afectó la ejecución de las obras del proyecto.*"	"*La pregunta no es una aclaración de la respuesta a la pregunta 4A, pues no están relacionadas. Por tanto se trata de una nueva pregunta, por lo cual no se procede a contestarla, de acuerdo con instrucciones generales recibidas del H. Tribunal y corresponde al ámbito de la pericia financiera.*"
"*7. Determinará el perito, con base en la trazabilidad de la ejecución de obra del*	"*La pregunta no es una aclaración de la respuesta a la pregunta 4A, pues no están*

proyecto, si encuentra razonable técnicamente dichas retenciones de peajes sobre la ejecución real de la obra. Para dichos efectos, se le solicita al perito tener en cuenta entre otros, los siguientes aspectos: - La cláusula penal del contrato. - La proporcionalidad de la cláusula penal del contrato. - La cláusula 29 del contrato y las disminuciones de ingreso realizadas."	*relacionadas. Por tanto se trata de una nueva pregunta, por lo cual no se procede a contestarla, de acuerdo con instrucciones generales del H. Tribunal."*

Se evidencia en estos términos que el auxiliar de la justicia no ofrece un pronunciamiento de fondo a lo preguntado dando las razones para ello. En cuanto al numeral 7 observa el Tribunal que la pregunta en los términos formulados implica en el fondo un análisis jurídico que no le corresponde realizar al perito.

Esta situación no da lugar, *per se*, a un error grave que afecte la prueba pericial, como ya se expuso.

Bajo estos argumentos se rechazan las dos causales de objeción examinadas.

xxiv. Causal de objeción No. 29 – Respuesta referida al interrogante 4A

A juicio de la objetante, el perito no contestó la solicitud de aclaración mediante la cual se pidió que explicara "*... que significa la congelación de recursos que menciona el perito como producto de las incidencias enumeradas en el punto anterior*".

Sobre este particular, el doctor Parra Ferro indicó en su informe que, "*[e]l término de congelación de recursos se ha empleado para hacer referencia a las retenciones temporales de recursos por faltas temporales contempladas en el Contrato, relacionadas con diferentes parámetros técnicos que describen el estado de la vía en un momento dado y que, de no cumplir ciertos estándares, se le aplica al Concesionario una retención temporal mientras que soluciona la falla*"[192].

Como se puede apreciar y contrario a lo alegado por la sociedad convocante, la solicitud de aclaración sí fue respondida por el experto, de ahí que deba rechazarse la causal de objeción propuesta.

[192] Página 195 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

xxv. Causal de objeción No. 30 – Respuesta referida al interrogante 5A

En el interrogante 5A se pidió al perito que determinara el incremento del número de predios generado por los otrosíes y adicionales suscritos por las partes, mediante los cuales se amplió el alcance físico de la obra a ejecutar. Al respecto, el auxiliar de la justicia concluyó que el incremento en materia predial generado por la suscripción de los Otrosíes No. 8 y 14 ascendió a 644.726 m^2, representados en 338 predios[193].

Teniendo en cuenta dicha respuesta, la sociedad convocante solicitó que la misma se aclarara en los siguientes términos: *(i)* que se explicara cómo y de qué manera el Otrosí No. 14 representó un incremento predial; *(ii)* que se aclarara si el Adicional No. 1 aumentó el área de predios requeridos, especialmente por la construcción de las intersecciones a desnivel; y *(iii)* que indicara si al celebrarse el Otrosí No. 18 se incrementaron los predios estimados, en especial por la construcción del Puente Peatonal Terreros.

Frente a lo anterior, el perito manifestó: *(i)* que de acuerdo con la cláusula cuarta del Otrosí No. 14, dicho modificatorio no generó aumento en el área predial; *(ii)* que el Adicional No. 1 al contrato de concesión contempló la construcción de las intersecciones a desnivel de Terreros y San Mateo, sin expresar si esto generó un incremento predial; y *(iii)* que el Otrosí No. 18, que fijó los alcances definitivos para implementar el Otrosí No. 8, incluyó la construcción del Puente Peatonal de Terreros, pero tampoco señaló si por esta razón hubo o no aumento de predios requeridos para la ejecución de las obras.

La objetante plantea dos objeciones al respecto: en primer lugar, cuestiona el hecho que el perito hubiere tenido en cuenta tan sólo una cláusula del Otrosí No. 14, para concluir que la suscripción de tal documento no implicó incremento predial. En segundo lugar, se duele que en la pericia no se hubiere indicado si la construcción de las intersecciones a desnivel de Terreros y San Mateo y el Puente Peatonal de Terreros dieron o no lugar a que se incrementara el área predial del proyecto.

Sobre el primer punto, el Tribunal advierte que se trata de una simple alegación o discordancia frente a la conclusión del auxiliar de la justicia, circunstancia que no es constitutiva de un error grave. Por el contrario, el Tribunal no ve reparo en que el Ingeniero Parra Ferro hubiere sustentado su respuesta en el contenido mismo

[193] Páginas 1 a 3 Pr5A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico (folios 151 a 153 del Cuaderno de Pruebas 27).

del Otrosí No. 14, ya que éste le permitió técnicamente abordar el asunto y exponer una respuesta en este sentido.

Ahora, en cuanto al segundo motivo alegado en la objeción, si bien es cierto que el perito en esta respuesta no precisó los incrementos prediales generados a raíz de la suscripción del Adicional No. 1 y del Otrosí No. 18, en los cuales se contemplaron las intersecciones a desnivel de Terreros y San Mateo y el Puente Peatonal de Terreros, hay que tener en cuenta que sobre este asunto en particular el Ingeniero Parra Ferro al responder los interrogantes 5A y 6ª, de manera puntual calculó tales incrementos, razón suficiente para denegar la presente objeción.

xxvi. Causal de objeción No. 31 – Respuesta referida al interrogante 5A

A manera de solicitud de aclaración, la convocante pidió al perito que precisara "*... por qué menciona como parte de las obras a cargo de la Concesión en el trayecto 12 la construcción de 4 puentes*", cuando en la respuesta original determinó que se trataba de tres puentes peatonales que serían cancelados a través de la cláusula 65 del contrato de concesión.

Sobre el particular, el experto señaló en su informe que efectivamente se trataba de tres puentes peatonales que debieron construirse en el Trayecto 12. La objetante reprocha la mencionada respuesta argumentando que la misma es apenas parcial, toda vez que el perito no aclaró ni informó quien debía pagar los referidos puentes que eran considerados como obra adicional.

Revisando el contenido de la petición de aclaración, el Tribunal advierte que en la misma no se planteó ninguna solicitud encaminada a determinar a cargo de quien estaba el pago de los referidos puentes peatonales, circunstancia que lleva a concluir que el auxiliar de la justicia no incurrió en omisión alguna, razón por la cual la presente causal de objeción debe rechazarse.

xxvii. Causal de objeción No. 32 – Respuesta referida al interrogante 5A

La sociedad convocante solicitó al experto que indicara "*... en qué parte del Otrosí No. 8 se menciona la construcción de los Puentes de las Intersecciones Terreros y San Mateo*". En respuesta a este interrogante, el auxiliar de la justicia señaló que la construcción de los puentes de las Intersecciones Terreros y San Mateo fue acordada en el numeral 11 de la cláusula primera del Otrosí No. 8, atendiendo en todo caso las condiciones convenidas por las partes a este respecto.

Con ocasión de lo anterior, la objetante alega un error grave a raíz de una supuesta contradicción entre la mencionada respuesta y aquélla que en su momento dio el perito al interrogante 3A. En su sentir, el experto entra en contradicción debido a que en sede de aclaraciones está reconociendo que la construcción de los puentes de las intersecciones Terreros y San Mateo estaba sometida a unos condicionamientos –lo cual es correcto según la convocante–, mientras que en el informe inicial (respuesta 3A) se había limitado a señalar simplemente que estas obras, entre otras, fueron adicionadas mediante Otrosí No. 8, sin precisar que su ejecución estaba sometida al cumplimiento de unas condiciones.

El Tribunal no observa en este caso ninguna razón que permita concluir que el perito se contradijo en sus respuestas. En efecto, al resolver la causal de objeción No. 15, se pudo constatar que el perito al momento de dar respuesta al interrogante 3A, indicó con precisión que la construcción de los puentes de Terreros y San Mateo sí estaba incluida en el Otrosí No. 8, respondiendo así lo que en su momento se le preguntó.

Ahora, el hecho de que se haya señalado en sede de aclaraciones que el numeral 11 de la cláusula primera del Otrosí No. 8, fijó unas condiciones para la ejecución de las obras en mención o que las mismas estaban sometidas al cumplimiento de unos condicionamientos, en nada contradice lo dicho inicialmente, por el contrario, le sirve de complemento, cuestión que de manera alguna puede calificarse como un equívoco.

En estos términos, no prospera la presente causal de objeción.

xxviii. Causal de objeción No. 33 – Respuesta referida al interrogante 6A

Tratándose de la respuesta dada a la pregunta 6A, se solicitó al perito que indicara "*... de qué manera el Otrosí No. 14 originó una modificación y/o ajuste al diseños geométrico del proyecto*". Sobre este particular, el experto se pronunció señalando que, de acuerdo con el alcance de lo estipulado en la cláusula cuarta del Otrosí No. 14, pudo advertir que este modificatorio no generó variaciones a los diseños geométricos del proyecto.

La objetante controvierte la referida conclusión aduciendo que, "*... no se entiende como el Perito concluye que no se generó cambio a (sic) ajuste al diseño geométrico, simplemente de la lectura de dicha cláusula en el mencionado Otrosí*". A juicio del Tribunal, la determinación expuesta por el auxiliar de la justicia no tiene reparo, pues simplemente se trata de la apreciación

que técnicamente se dedujo al dar lectura a la referida cláusula cuarta del Otrosí No. 14, la cual –dijo el perito– no implicaba una modificación al diseño geométrico de la vía, como quiera que no se afectaba, "*... el alcance, la ejecución y el recibo de las obras definidas en el contrato para el trayecto 10*"[194].

Como puede advertirse, la diferencia propuesta por la objetante se reduce a un simple desacuerdo o desavenencia frente a la conclusión del experto, circunstancia que no tiene la virtualidad de configurar un error grave y que, por tanto, lleva a que el presente motivo de objeción sea rechazado.

xxix. Causal de objeción No. 34 – Respuesta referida al interrogante 6A

En la solicitud de aclaración No. 3 relacionada con el interrogante 6A, la sociedad convocante pidió al perito que indicara "*... según la tabla 6A-2 y 6A-3, si el valor de 28.256 m^2 de área desafectada en el Trayecto 1 con ocasión a la suscripción del Otrosí 21 corresponde al área de espacio público que no se va a construir en el marco de las obras contratadas mediante el Otrosí 18. De ser así debe rectificar este valor puesto que el área de espacio público que se acordó no construir nada tiene que ver con área de predios requeridos*".

Ante esta precisa solicitud, el experto rectificó su respuesta inicial, indicando al respecto que, "*... dicha área [28.256 m^2] corresponde efectivamente al área de espacio público que no se va a construir en el marco de las obras contratadas mediante Otrosí No 18 y no corresponde al área de predios necesarios para adquirir en el trayecto 1*".

El Tribunal observa que el pronunciamiento efectuado por el doctor Parra Ferro fue claro y consecuente con el objeto de la petición. Ahora bien, no se entiende cual es la razón de la objeción que plantea la convocante en este sentido, pues en la argumentación expuesta en el escrito de objeciones se hacen unas consideraciones que nada tienen que ver con la respuesta *sub examine* y que impiden realizar cualquier análisis al respecto.

Concretamente la apoderada de la Sociedad convocante manifiesta lo siguiente:

> "*El perito manifiesta que NO conoce la información y acuerdos surgidos del Otrosí No. 21 firmado por las partes el 9 de noviembre de 2012 y que para calcular ese porcentaje de desafectación predial utilizó información predial suministrada por el concesionario en Octubre de 2012. Adicionalmente reconoce que ha SUPUESTO que la diferencia entre la sábana predial del*

[194] Página 200 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

mes de octubre de 2012 y la información de interventoría de marzo de 2013, corresponde a la desafectación predial a causa del otrosí No. 21."

Llama la atención del Tribunal que ninguno de los dos argumentos esbozados en el aparte en cita tengan una relación directa con la respuesta dada por el perito a la solicitud de aclaración No. 3, pues, pese a que éstas se refieren al Otrosí No. 21, no precisan el supuesto equívoco en que incurrió el auxiliar de la justicia al pronunciarse frente a la mencionada petición de aclaración. Revisando la respuesta, se observa que el experto no hizo allí alguna "*suposición*" y tampoco se refirió a la información que le sirvió de sustento para emitir sus consideraciones y determinaciones en este punto en particular.

La parte convocante no cumple en este caso con el requisito de precisión que es inherente a la figura procesal de la objeción por error grave, planteándose así de manera antitécnica un motivo que no tiene relación directa con la respuesta que en su momento dio el perito a la solicitud de aclaración No. 3, por lo cual es menester rechazar la causal estudiada.

xxx. Causales de objeción No. 35 y 36 – Respuesta referida al interrogante 8A

Los motivos de objeción 35 y 36 se refieren a la falta de respuesta que alega la convocante respecto de las solicitudes de aclaración No. 1 y 5. Siguiendo la metodología aplicada en puntos anteriores, el Tribunal expondrá a continuación la petición que supuestamente no fue contestada, así como la manifestación hecha por el perito frente a la misma. Puntualmente, se tiene lo siguiente:

Solicitud de Aclaración	Manifestación del perito
"*Sírvase aclarar si la Etapa de Construcción y Rehabilitación inició el 25 de agosto de 2005 y el Otrosí No. 8 se suscribió el 20 de septiembre del 2005, no se entiende como afirma el perito que con la celebración del Otrosí mencionado se produce '(...) la no exigencia de los diseños de detalle para la firma del acta de inicio de la etapa de construcción (...)', toda vez que el Acta de Inicio de la etapa de Construcción ya había sido suscrita.*"	El perito no emitió pronunciamiento alguno sobre este específico asunto.
"*Indicará el perito si los separadores puntuales de 120m en el Trayecto 10 a los que se refiere el perito corresponden al sector donde se construyó el CCO de La*	"*El sector donde más ancho es el separador, corresponde al sitio donde se localizó el CCO la Esmeralda en el Trayecto 10 del Corredor Vial Bogotá –*

Esmeralda. De ser así, sírvase indicar si el predio sobre el cual se construyó el CCO La Esmeralda fue comprado con recursos de la ANI o de la Concesión."	*Girardot, en este momento el perito no puede indicar si este predio fue adquirido con recursos de la ANI o del Concesionario, debido a que esto sería un tema nuevo y que no fue contemplado dentro de las preguntas del cuestionario inicialmente entregado al perito."* –Se subraya–

Aunque el perito no responde la primera pregunta, este es un asunto que se puede verificar con la confrontación de los documentos correspondientes, y se reitera que la falta de respuesta no constituye error grave alguno.

En cuanto a la segunda el Tribunal encuentra que aunque el perito no da respuesta de fondo explicando las razones para ello, la pregunta se refería a un asunto de índole financiera que escapaba el objeto del dictamen. En todo caso la falta de respuesta no constituye error grave alguno.

Teniendo en cuenta estas especiales consideraciones, las causales de objeción estudiadas se rechazarán.

xxxi. Causal de objeción No. 37 – Respuesta referida al interrogante 11A

En el interrogante 11A se solicitó al perito que señalara la importancia que denotaba el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición Predial para un proyecto de la magnitud de la Doble Calzada Bogotá – Girardot. Vía aclaraciones, la sociedad convocante pidió al experto que determinara "*... si se reconoció a CABG pago o contraprestación alguna por la realización de dicha gestión*".

Al contestar la petición de aclaración, el perito citó expresamente el siguiente aparte de la cláusula 37 del contrato de concesión: "*Los gastos para el cumplimiento de las obligaciones que se establecen en la presente cláusula, incluidos los necesarios para realizar avalúos, elaboración de fichas prediales, contratación, legalización y registro de las adquisiciones deberán ser realizadas por el Concesionario y en consecuencia, no podrán realizarse con cargo a la Subcuenta de Predios, a la Subcuenta de Excedentes del INCO, a la Subcuenta de Pagos del INCO, a la Subcuenta Transitoria o a la Subcuenta de Interventoría*".

Con fundamento en lo anterior, el auxiliar de la justicia concluyó que la remuneración de las actividades concernientes a la gestión predial del proyecto

debía estar incluida en el cálculo del ingreso esperado[195], ya que la cláusula citada estipuló expresamente que estas actividades no podían remunerarse con cargo a ninguna de las subcuentas allí identificadas.

La objetante reprocha esta respuesta aduciendo que la misma tiene un contenido jurídico que no era competencia del perito técnico, alegando, además, que el experto no contestó en este caso lo preguntado, esto es, si se reconoció o no un pago o contraprestación a la concesionaria por las actividades de gestión predial.

Debe considerarse en primer lugar que el experto sí dio respuesta a lo preguntado en esta precisa solicitud de aclaración, pues de manera expresa señaló que al tratarse de unas actividades que debía realizar el concesionario y que no estaban a cargo de las subcuentas identificadas en su análisis, pudo esclarecer que las mismas se pagaban o remuneraban con el ingreso esperado.

Sin embargo, el Tribunal observa que el pronunciamiento expuesto por el perito en los anteriores términos tiene una evidente connotación jurídica, habida cuenta que corresponde a la interpretación de una cláusula del contrato para establecer con base en la misma el contenido y alcance de una obligación de pago o de naturaleza remuneratoria, aspecto que sin dubitación alguna es competencia única y exclusiva del Tribunal. Si bien la intención del perito pudo consistir únicamente en responder la inquietud planteada, es claro que ello no lo habilitaba para que realizara juicios de orden jurídico frente a una cláusula del contrato y determinara de esta forma la existencia de una obligación en concreto.

Vale recordar en este sentido que "*... la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez*"[196] –subraya del Tribunal–, lo cual lleva a concluir que los juicios o determinaciones de orden jurídico que llegue a emitir el auxiliar de la justicia en el marco de su pericia, pese a que no dan lugar a la configuración de un error grave como se ha dicho, se tendrán como insustanciales o inocuos para el proceso y, por tanto, no serán valorados ni tenidos en cuenta al momento de adoptar la decisión correspondiente.

Por las razones expuestas se rechaza la presente causal de objeción.

xxxii. Causales de objeción No. 38 y 39 – Respuesta referida al interrogante 11A

[195] Página 215 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[196] Corte Constitucional, Sentencia T-274 de 2012.

En cuanto a las aclaraciones solicitadas frente a la respuesta dada al interrogante 11A, la objetante alega también una falta de respuesta por parte del doctor Parra Ferro. Puntualmente, se indica en este sentido que el experto no dio respuesta a las peticiones de aclaración No. 4 y 14, las cuales consistían en lo siguiente:

Solicitud de Aclaración	**Manifestación del perito**
"Comparará el perito la cláusula 37 del Contrato modificada, con al menos dos de los otros contratos de concesión de dicha generación, por ejemplo, Rumichaca-Pasto-Chachagüí y Cúcuta, estableciendo cuando se suscribieron dichos contratos, como se maneja el tema predial y si los concesionarios reciben recursos por dicho concepto."	*"La solicitud de aclaración formulada por la CABG S.A. no se atenderá por el perito debido a que corresponden a un tema nuevo...".*
"Expondrá el perito si conoce algún caso en el Proyecto (sic) que se haya llevado un proceso de expropiación por vía administrativa."	*"La solicitud de aclaración formulada por la CABG S.A. no se atenderán (sic) por el perito debido a que corresponden a un tema nuevo..."*

Al observar el alcance de las peticiones mencionadas y lo expuesto por el perito frente a las mismas, el Tribunal encuentra que, tratándose del primer punto, le asistía razón al perito cuando se abstuvo de emitir un análisis y unas conclusiones referidas al juicio comparativo que le propuso la parte convocante, toda vez que, además de tratarse de un tema o asunto nuevo frente al contenido del informe inicial, correspondía a un aspecto que ninguna relación tenía con el presente proceso, cuyo objeto refiere única y exclusivamente al contrato de concesión No. GG-040 de 2004 y no a otras relaciones contractuales por más que las mismas puedan tener aspectos en común.

Ninguna relevancia tiene para este trámite arbitral lo acontecido en el marco de contratos distintos al que ocupa en el presente caso la atención del Tribunal, de ahí que no había lugar a que el auxiliar de la justicia adelantara un juicio comparativo de orden predial entre el contrato *sub examine* y otras relaciones contractuales diferentes.

En cuanto al segundo punto el Tribunal encuentra que el perito no da respuesta de fondo explicando las razones para ello. Se reitera lo dicho en acápites anteriores, en el sentido de entender que esta falta de respuesta no constituye un error grave.

Por las razones expuestas, se rechazan las causales de objeción estudiadas.

xxxiii. Causal de objeción No. 40 – Respuesta referida al interrogante 13A

En el segundo punto de la solicitud de aclaración No. 1 referida al interrogante 13A, se pidió al experto que indicara con base en que "*... afirma que '... los trabajos de estudios de títulos como la escrituración de los predios no se realizó de manera constante...'. Además debe aclarar si este supuesto bajo rendimiento guarda alguna relación con la metodología de adquisición predial que regía antes del Otrosí No. 17 o a la falta de consecución de recursos por parte de la ANI para la adquisición predial*" –subraya fuera del texto–.

El auxiliar de la justicia se refirió a lo anterior indicando que su conclusión tenía sustento en la información de la gestión predial entregada por el concesionario y registrada en la sábana predial correspondiente, lo que le permitió advertir la discontinuidad en el proceso de adquisición predial durante la ejecución del contrato. De otra parte, señala que durante su experticia se había referido a las modificaciones en la metodología de gestión predial, teniendo en cuenta la estipulada en el Otrosí No. 17, respecto del cual precisó que "*... los rendimientos alcanzados posteriores a esta fecha no variaron sustancialmente frente a los registrados antes de la firma de dicho otrosí modificatorio*"[197].

Al respecto, aduce la objetante que no comparte la respuesta del doctor Parra Ferro, en atención a que no hizo referencia a los efectos que en este sentido generó la falta de los recursos necesarios para la adquisición predial. Sobre este particular, el Tribunal encuentra que es cierto que ninguna manifestación hizo el perito en este punto sobre los eventuales efectos que tuvo en la gestión predial la supuesta falta de consecución de recursos por parte de la ANI para adelantar estas actividades; sin embargo, debe destacarse que párrafos adelante, el Ingeniero Parra Ferro aludió expresamente al tema, precisando que, según las comunicaciones que en su momento envió el concesionario a la ANI sobre la falta de recursos para la adquisición de predios, "*... esta iliquidez de fondos para adquisición de predios generó la suspensión del proceso de adquisición predial entre febrero y octubre de 2010*"[198].

Ya se ha dicho que el dictamen pericial debe ser visto en su conjunto, de manera que en este caso debe concluirse que el auxiliar de la justicia abordó de fondo la solicitud formulada por la convocante y respondió la misma de manera completa,

[197] Página 224 del Informe de respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación al Dictamen Pericial Técnico.
[198] Página 225 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico.

de ahí que no prospera el motivo de objeción propuesto por la sociedad concesionaria.

xxxiv. Causal de objeción No. 41 – Respuesta referida al interrogante 15A

La parte demandante aduce que el perito no dio respuesta completa a la solicitud de aclaración No. 2 concerniente al interrogante 15A. De manera puntual, alega que en su oportunidad solicitó que se aclarara la respuesta inicial teniendo en cuenta la fecha de inicio de la etapa de construcción y aquélla en que se suscribió el Otrosí No. 8, para establecer luego si entre estas fechas y el mes de diciembre de 2005, las partes estaban adelantado estudios y complementos a los diseños definitivos.

Se encuentra sobre este aspecto que, tal como lo señala la objetante, nada dijo el doctor Parra Ferro sobre la inquietud formulada, pues en sus consideraciones se limitó a determinar la gestión predial que adelantó el concesionario entre el día en que se inició la etapa de construcción y aquél en que se celebró el Otrosí No. 8. Como se observa, nada tenía que ver esto con lo preguntado, pues se le había pedido al doctor Parra Ferro que precisara si entre agosto de 2005 (inicio de la etapa de construcción) y diciembre de 2005, las partes estaban adelantando *estudios y complementos* a los diseños definitivos, mientras que el experto se refirió a la gestión predial adelantada por el concesionario entre agosto de 2005 (inicio de la etapa de construcción) y el día de celebración del Otrosí No. 8 (20 de septiembre de 2005).

Considerando la pregunta formulada en este evento y que el perito se refirió en su pronunciamiento a circunstancias distintas a lo solicitado, debe concluirse que la solicitud de aclaración no fue contestada. Ahora bien, por las razones ya expuestas la falta de respuesta no constituye error grave alguno.

En estos términos, la causal formulada no tiene vocación de prosperidad.

xxxv. Causal de objeción No. 42 – Respuesta referida al interrogante 16A

En el interrogante 16A del cuestionario inicial se le pidió al perito que, de acuerdo con lo estipulado en el Otrosí No. 8, en el cual se contrató la construcción de una ciclo ruta en el municipio de Girardot, indicara si los predios afectos a estas obras fueron pagadas con el Otrosí No. 15 que estipuló la remuneración integral de las obras adicionales del proyecto.

Con ocasión de la respuesta a esta inquietud, la parte convocante solicitó aclaración para que se precisara en qué parte del Otrosí No. 8, "*... se estipulaba que la cicloruta del sector rural del trayecto 12 podría ser ubicada en el corredor existente sin requerir compra adicional de predios*".

Atendiendo la petición, el perito transcribió el aparte de los considerandos del Otrosí No. 8 que –en su sentir– le sirvió de sustento para llegar a la conclusión correspondiente. La cita expuesta por el auxiliar de la justicia corresponde a la siguiente: "*Por otra parte, en este sector especialmente entre el municipio de Ricaurte y el municipio de Girardot se presentan muchos desplazamientos en bicicleta lo cual justifica la construcción de la ciclo ruta El Paso hasta el Puente sobre el Río Bogotá encontrando que también puede ser ubicada dentro del corredor actual sin requerir predios*" –subraya del perito–.

La objetante controvierte la respuesta alegando que la misma es incompleta, pues no se aclaró si el tramo en cuestión era rural o no, circunstancia que es precisamente la que discuten las partes en el proceso.

El Tribunal advierte sobre este particular que si bien es cierto que en este punto específico no se precisó si el tramo en el que se construiría la ciclo ruta era rural o urbano, este aspecto ya había sido abordado y definido por el auxiliar de la justicia en el informe inicial (interrogante 16A), oportunidad en la que señaló de manera expresa que, "*... es válido afirmar que no se incluyó el valor de predios para la construcción de la cicloruta en la zona rural (Comprendido entre El Paso PR 11+250 Ruta 40-05 y el puente sobre el río Bogotá PR2+400)*"[199] –destaca el Tribunal–.

El aparte citado permite determinar que el tramo de la ciclo ruta entre El Paso y el puente sobre el río Bogotá está ubicado en área rural. Ahora, el hecho de que esta precisión se desprenda del informe inicial y que no se haya señalado expresamente en la respuesta a la respectiva solicitud de aclaración, en nada constituye una omisión del perito y mucho menos un error grave, pues la experticia debe leerse y valorarse en su conjunto o como un todo.

Por estas razones, se rechaza el presente motivo de objeción.

xxxvi. Causal de objeción No. 43 – Respuesta referida al interrogante 17A

[199] Página 5 Pr16A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico (folio 233 del Cuaderno de Pruebas 27).

En la solicitud de aclaración No. 1 referida al interrogante 17A, la parte convocante solicitó al perito que indicara "*[s]i en el Otrosí No 8 se adicionaron recursos para la adquisición de predios del Trayecto 1*".

Sobre este particular el perito respondió que "*... en el Otrosí No 8 en su cláusula primera, en el numeral 10 se incluían los predios requeridos para la implantación de las obras adicionadas en el otrosí No 8*"[200], precisando enseguida que para las obras descritas en los numeral 1 a 11 y 23 de la cláusula primera del referido Otrosí No. 8 –incluyendo el numeral 10 de predios–, se había estimado un valor correspondiente a la suma de $164.000'000.000.

A continuación, el Ingeniero Parra Ferro citó la cláusula quinta del Otrosí No. 14, mediante la cual se aclaró el Otrosí No. 8, en el sentido de señalar que el valor de la inversión correspondiente a $164.000'000.000, cubría las obras descritas en los numerales 1 a 9, 11 y 21 a 23. De ahí concluyó el experto que, al no contemplarse el numeral 10, "*... se excluyeron los predios requeridos para las obras aprobadas dentro del Otrosí No 8*"[201].

La apoderada de la convocante reprocha esta respuesta aduciendo que el experto se limitó simplemente a señalar que la suscripción del Otrosí No. 14, que modificó el Otrosí No. 8, excluyó los predios requeridos para las obras que habían sido aprobadas en este último modificatorio.

Sin embargo, al observar el pronunciamiento hecho por el auxiliar de la justicia frente a este preciso evento, puede concluirse que la misma fue completa y concreta, de manera que no le asiste razón a la objetante. En efecto, el perito señaló que inicialmente el Otrosí No. 8 contemplaba el valor de los predios requeridos para la ejecución de las obras adicionales, pero en la misma respuesta se encargó de aclarar que –en su entender– con la suscripción del Otrosí No. 14, se excluyó de dicha suma el valor correspondiente a los mencionados predios. Esta última precisión no merece reparo alguno dada su pertinencia y relación con el tema abordado.

Se rechaza, entonces, el motivo de objeción.

xxxvii. Causal de objeción No. 44 – Respuesta referida al interrogante 17A

[200] Página 232 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[201] Página 233 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

En la solicitud de aclaración No. 5 atinente al interrogante 17A, la parte demandante solicitó lo siguiente:

> *"Explicará el perito según folio 255, relacionado con los puentes del Contrato principal y el Otrosí 8 suman 32 unidades, sin embargo en la respuesta a la pregunta 29A afirma que del Contrato principal son 5, del Otrosí 8 son 22 para un total de 27 y adicional a estos hay 5 puentes a través de la cláusula 65."*

El perito responde la mencionada petición tomando como sustento *el informe de implantación de los puentes peatonales* realizado por la firma interventora. De acuerdo con esta información elabora la Tabla 2, en la cual identifica los 32 puentes peatonales del proyecto, así: (i) 5 puentes en el contrato inicial; (ii) 22 puentes en el Otrosí No. 8 y (iii) 5 puentes en la cláusula 65, para un total de 32 puentes peatonales.

A manera de objeción, la sociedad concesionaria aduce que el auxiliar de la justicia *"...no aclara si de éstos [los 32 puentes], cinco, van a través de la cláusula No. 65"*. En este punto tampoco le asiste razón a la convocante, pues de manera clara y expresa el experto señala que dentro de los 32 puentes peatonales, se incluyen los 5 puentes que contempla la cláusula 65.

En estos términos, no prospera la causal de objeción.

xxxviii. Causal de objeción No. 45 – Respuesta referida al interrogante 20A

La parte convocante aduce a título de objeción que el experto no respondió la solicitud de aclaración No. 3, relacionada con el interrogante 20A. Siguiendo la metodología aplicada en los casos anteriores en los que se ha expuesto también como argumento la falta de respuesta por parte del perito, se transcribe a continuación la petición concreta y la respectiva manifestación del doctor Parra Ferro:

Solicitud de Aclaración	Manifestación del perito
"3. Para el reconocimiento de las obras están los precios de consorcio general, los no previstos son la elaboración de APUS los cuales son aprobados por la Interventoría conforme a la actividad a ejecutada (sic) o a ejecutar, toda vez que en la lista de precios del IDU no se contemplan actividades como los desvíos de redes matrices o actividades que requieran procesos y personal	*"El perito técnico manifiesta que en el presente aspecto de complementación y/o aclaración no se define de manera clara la solicitud."*

especializado; por otra parte la lista de precios del IDU en su gran mayoría no están conforme a los precios comerciales, sin embargo en algunos casos se han adoptado."	

Dando lectura a la solicitud formulada en los anteriores términos por la parte demandante, el Tribunal advierte que la misma es del todo confusa y no permite entender el objeto de la misma, al punto en que ni siquiera puede advertirse en qué consistía la solicitud de aclaración en concreto. Así las cosas, es válido concluir que le asiste razón al perito cuando dijo que la "*petición de aclaración*" no se definía de manera clara y, por ende, se abstenía de emitir un pronunciamiento concreto frente a la misma.

El Tribunal concluye, entonces, que si bien es cierto que el perito no contestó lo preguntado, se trató de una abstención del todo justificada, circunstancia que lleva a que la presente solicitud de objeción sea rechazada.

xxxix. Causal de objeción No. 46 – Respuesta referida al interrogante 25A

El interrogante 25A se refirió a la medición del denominado Índice de Estado. Puntualmente, se pidió al perito que señalara si la longitud de un sector se encuentra predefinida o puede variar en función de las condiciones del elemento y/o parámetro a medir. Con ocasión de la respuesta a este interrogante, la sociedad demandante solicitó al perito que precisara si, teniendo en cuenta que los elementos del índice de Estado se califican por kilómetro, consideraba necesario definir sectores de 1 kilómetro para brindar mayor información a la concesión del estado de la vía.

De manera expresa y completa, el auxiliar de la justicia respondió indicando que "*... la práctica de definir sectores de 1km que estableció la primera interventoría EDL y que heredó y ratificó como metodología Concol, es adecuada y ofrece medición del índice de estado cumpliendo las exigencias contractuales*", razón por la cual "*... no considera necesario sino conveniente lo que las interventorías definieron como longitud de sectores*"[202] –subraya–.

La sociedad concesionaria expresa a manera de objeción su desacuerdo frente a dicha conclusión, ya que –en su sentir–, el sustento de dicha determinación se adoptó únicamente por practicidad, conveniencia o facilidad en la medición,

[202] Página 248 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

perdiéndose de vista que sería también correcto entender desde el contrato que la referida medición se llevara a cabo por sectores mayores a 1 km.

El Tribunal considera pertinente resaltar en este sentido que el perito realizó un amplio análisis técnico del contrato, de los documentos precontractuales, modificatorios y demás información del proceso relacionada con la medición del Índice de Estado, el cual se expuso en las respuestas dadas a los interrogantes 21A a 28A del informe inicial y fue reiterado en el informe de respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación. En el marco de estos pronunciamientos se expuso técnicamente el fundamento de las respectivas conclusiones y, de manera puntual, aquélla según la cual era adecuado y metodológicamente correcto realizar la medición del Índice de Estado en sectores de 1km.

Puede concluirse de esta forma que la determinación adoptada en este sentido por el auxiliar de la justicia no obedeció a un estudio ligero o de simple practicidad –como lo aduce la objetante–, sino que fue fruto de un amplio análisis técnico que deja en evidencia que el argumento de la convocante se reduce a un mero desacuerdo frente a la conclusión en comento, lo cual, según se ha dicho, no puede considerarse como un equívoco o error grave.

Por estas razones, no prospera la causal de objeción.

xl. Causal de objeción No. 47 – Respuesta referida al interrogante 25A

Aduce la objetante en este punto que el perito no dio respuesta a la solicitud de aclaración No. 2 concerniente al interrogante 25A, pues –en su sentir– se limitó a señalar que la metodología aplicada por las firmas interventoras para medir el Índice de Estado era acorde con el contrato, sin precisar cuáles condiciones cumplía y dejando de lado documentos contractuales que también eran vinculantes, como era el caso las actas suscritas con la concesión. Puntualmente, en la mencionada solicitud No. 2, se pidió al perito lo siguiente:

> "*Considerará el perito que para facilitar el trabajo de las interventorías del Contrato de Concesión es necesario pasar por alto lo que ordena el mismo contrato con relación a la calificación del índice de estado*".

No obstante a que la petición así formulada era del todo tendenciosa y podía inducir a error, el perito se pronunció frente a la misma en los siguientes términos: "*La solicitud de aclaración no se entiende porque la metodología aplicada por las interventorías, inicialmente Concol, y luego heredada y ratificada por Concol [entiéndase EDL], en opinión del perito cumple todas las exigencias*

contractuales y no pasa por alto ninguna de las exigencias incluidas en el Apéndice 3 del contrato"[203].

El Tribunal observa que el perito sí contestó en este caso lo que le fue preguntado, reiterando al respecto lo que había manifestado en otros apartes de su peritaje cuando dijo que, la metodología aplicada por las firmas interventoras del contrato para medir el Índice de Estado, cumplía con las condiciones contractuales. Ahora, en cuanto al fundamento de dicha respuesta, hay que recordar que la prueba pericial debe ser vista y valorada en su conjunto, de manera que es preciso acudir a lo expuesto en este sentido por el auxiliar de la justicia en las respuestas que se dieron a los interrogantes 21A a 28A del informe inicial, pues allí se presentó de manera amplia y completa el sustento que le permitió al doctor Parra Ferro adoptar sus conclusiones sobre esta precisa materia.

Al no advertirse, entonces, una circunstancia que merezca de parte del Tribunal un juicio de reproche, el presente motivo de objeción debe rechazarse.

xli. Causal de objeción No. 48 – Respuesta referida al interrogante 4AA

En el marco del interrogante 4AA se indagó al perito sobre el supuesto ahorro generado para el concesionario por la no ejecución de unas obras en el Trayecto 8 de la vía, así como el ahorro que se produciría por la no realización de las correspondientes actividades de operación y mantenimiento. De manera puntual, el experto respondió en este caso que en el Trayecto 8 no se ejecutaron dos puentes correspondientes a la variante de El Boquerón, lo cual generó para el concesionario un ahorro en construcción y en mantenimiento correspondiente a la suma de $10.567'256.094,81[204]. Este cálculo se realizó teniendo en cuenta el plazo del contrato pactado en la cláusula quinta del contrato de concesión hasta el 24 de agosto de 2020.

A raíz de estas consideraciones, la sociedad convocante planteó la siguiente solicitud de aclaración:

> "*Teniendo en cuenta el Ingreso generado acumulado, el tráfico actual por el proyecto vial, los (sic) proyecciones de crecimiento del tráfico, sírvase indicar si es pertinente estimar como fecha fin del Contrato de Concesión el 24 de agosto de 2020. Si no lo es, se solicita recalcular el supuesto ahorro del*

[203] Página 248 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[204] Página 13 Pr4AA del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico (folio 364 del Cuaderno de Pruebas 27).

Concesionario respecto a la operación y el mantenimiento de las obras que menciona el perito."

En respuesta a esta petición, el auxiliar de la justicia señaló que sí se ha generado un incremento del tráfico que circula por la vía en consideración al proyectado inicialmente, "*... lo cual generaría una eventual reversión del proyecto de concesión a la Nación antes de la fecha prevista (24 de agosto de 2020)*"[205]. No obstante ello, esto es, que pudiera darse la posibilidad de una reversión antes de la fecha pactada para la terminación del contrato debido al aumento del tráfico, el doctor Parra Ferro concluyó que no era pertinente recalcular para una fecha anticipada el ahorro que se había cuantificado en la respuesta inicial porque a juicio suyo era "*... preferible tomar fechas y plazos oficiales no derivados del proyecciones*"[206].

La convocante objeta esta conclusión, aduciendo que la misma es "*elusiva*" y que hubo una falta de rigor por parte del perito técnico al emitir las consideraciones correspondientes.

Observando lo expuesto por el perito, puede evidenciarse que no tiene razón la objetante en este caso, ya que, en primer lugar, con el pronunciamiento hecho por el experto se dio respuesta de manera puntual a la petición de aclaración formulada, respecto de la cual se indicó que, a raíz del incremento del tráfico vehicular por la vía, podría eventualmente generarse la reversión del proyecto en una fecha anterior a la estimada en el inicio y, en segundo término, porque ningún reparo merece el hecho de que el perito hubiere concluido que no era pertinente recalcular el ahorro por las actividades de operación y mantenimiento hasta una fecha proyectada como lo pidió la parte convocante, pues en este caso se expuso una razón del todo objetiva y justificada consistente en que era "*... preferible tomar fechas y plazos oficiales no derivados del proyecciones*"[207].

Queda así demostrado que en este punto el perito no eludió ni evadió infundadamente la solicitud de aclaración que le fue planteada, sino que, por el contrario, emitió una respuesta de fondo y una justificación válida para abstenerse de recalcular el ahorro bajo parámetros temporales distintos.

Por estos motivos, se rechaza la presente causal de objeción.

---

[205] Página 258 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[206] Página 258 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[207] Página 258 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

xlii. Causal de objeción No. 49 – Respuesta referida al interrogante 4AA

Se plantea otro motivo de objeción porque supuestamente no se dio respuesta a la solicitud de aclaración No. 3 atinente al interrogante 4AA, aspecto que para la convocante es del todo injustificado y afecta la prueba pericial. Tratándose de esta petición en concreto se tiene lo siguiente:

Solicitud de Aclaración	Manifestación del perito
"Para dichos efectos, se solicita al perito recalcular los supuestos ahorros teniendo en cuenta sus respuestas relacionadas con los sobrecostos generados al concesionario por la puesta al servicio anticipadamente de algunos trayectos y/o subtrayectos del contrato."	*"El perito técnico no considera viable el recalculo de los ahorros del concesionario por cuenta de la no construcción de obras obligatorias definidas en las especificaciones técnicas de construcción y mantenimiento incluidas en el Apéndice No 2 del contrato de concesión No. GG-040-2004, ya que el riesgo constructivo está a cargo del Concesionario y no de la ANI, por ello si se entrega de manera anticipada una obra establecida en el contrato, se generará una liberación de recursos tal como se describe la (sic) cláusula segunda del Otrosí No 19 que modificó la cláusula sexta del otrosí No 4 y a su vez modificó el numeral 22.4 de la cláusula 22 del contrato de concesión en cuanto a los traslados a la subcuenta principal por cuenta de la entrega de Trayectos y/o subtrayectos en operación, en caso dado de presentarse entregas anticipadas (tal y como se describió en la respuesta a las preguntas 20C y 21C del informe de (sic) perito técnico 1500-1/13 con fecha de 30 de septiembre de 2013) el Concesionario deberá asumir los costos de mantenimiento los cuales se verán compensados por la reversión anticipada del proyecto a la Nación por cuenta del aumento del tráfico actual en el proyecto vial tal y como lo (sic) manifiesta en la sugerencia de aclaración anterior. Este es un tema que compete principalmente a la pericia financiera."*

La sola lectura de la citada manifestación hecha por el perito da lugar a concluir que no es cierto lo alegado por la apoderada de la convocante cuando se duele

de una supuesta falta de respuesta. Por el contrario, el experto, pese a que dejó constancia de que el tema en cuestión podía ser abordado también por el perito financiero, se encargó de exponer su concepto sobre el particular de manera amplia y sustentada.

Por estos motivos, no prospera la causal de objeción.

xliii. Causal de objeción No. 50 – Respuesta referida al interrogante I-1C

Mediante solicitud de aclaración No. 2 concerniente al interrogante I-1C, cuya respuesta giró en torno al cronograma de obra del proyecto, la sociedad convocante solicitó al perito que aclarara si el nivel de desglose del cronograma a que se refirió en el informe inicial era una obligación contractual y, además, si dicho nivel de detalle fue exigido por la Interventoría o la ANI como requisito para elaborar el cronograma anexo al Otrosí 19.

Sobre este particular, el experto reiteró desde el punto de vista técnico que el cronograma de obra debía ser detallado a efectos de permitir el ejercicio de las funciones de supervisión del proyecto por parte de la interventoría, determinando a renglón seguido que los cronogramas presentados por el concesionario no cumplían con dicho nivel de detalle. En línea de lo anterior, emitiendo su concepto de experto técnico que precisamente constituía la razón de su presencia en el presente trámite arbitral, señaló "*... que sí es una obligación contractual del Concesionario presentar programas detallados*"[208], precisando a continuación "*... que este aspecto pertenece al campo de la buena práctica de la ingeniería, que el contrato no puede detallar ya que éste no es un manual de buenas prácticas de la ingeniería*"[209].

La parte demandante objeta la mencionada respuesta señalando que la argumentación del perito no está ajustada a lo determinado en los documentos contractuales, en los cuales no se indica ni se exige de manera expresa un nivel de detalle específico para los cronogramas de obra.

El Tribunal debe rechazar la presente causal de objeción, habida cuenta que el argumento esbozado por la convocante desconoce la naturaleza y el objeto mismo de la prueba pericial. En efecto, la pericia técnica fue decretada en el marco del Tribunal Arbitral para establecer circunstancias que interesan al

[208] Página 259 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).
[209] Páginas 259 y 260 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

proceso y que requieren de los especiales conocimientos de un profesional versado en la materia.

Fue precisamente ésta la función que cumplió el doctor Parra Ferro al emitir la respuesta *sub examine*, pues, al no advertir para el caso concreto una estipulación que de manera expresa regulara el nivel de detalle que debía tener el cronograma de obra, acudió a sus especiales conocimientos para emitir un concepto frente al particular[210], circunstancia que para los árbitros no merece reparo alguno.

De esta manera, teniendo en cuenta que las consideraciones expuestas por el experto en cuanto al cronograma de obra se refieren a un aspecto netamente técnico y que en todo caso tienen sustento en la experticia del doctor Parra Ferro, es menester rechazar la presente causal de objeción.

xliv. Causal de objeción No. 51 – Respuesta referida al interrogante I-1C

La parte demandante formuló solicitud de aclaración respecto del interrogante I-1C, a través de la cual se le solicitó al auxiliar de la justicia que estableciera "*... si respecto del cronograma de obra al que se refiere su respuesta como inapropiado, la Interventoría solicitó y/o inició (sic) procedimiento de incumplimiento contractual*".

Frente al particular, el doctor Parra Ferro manifestó que por esta especial circunstancia no se inició un procedimiento de incumplimiento, habida cuenta que no se trataba de una causal contractual de incumplimiento, aclarando a continuación que en todo caso la Interventoría sí se "*quejó*" del bajo nivel de detalle del cronograma de obra entregado por la sociedad concesionaria, dado que éste no le permitía planear ni ejercer sus funciones de supervisión.

Alega la objetante que esta conclusión demuestra que las consideraciones expuestas por el experto frente al cronograma de obra son meras apreciaciones personales o subjetivas que no tienen sustento en el contrato, pues él mismo acepta que contractualmente no se establece causal de incumplimiento alguna en relación con el nivel de detalle del cronograma de obras.

Considerando a este respecto que el sustento de la presente causal de objeción corresponde a las supuestas apreciaciones subjetivas o personales emitidas por

[210] Téngase en cuenta en este sentido que la pericia "*[e]s una declaración de ciencia, es un concepto, el perito expone lo que sabe, para que el juez se informe y a su vez tenga a su disposición para su valoración un medio probatorio*". (PARRA QUIJANO, Jairo: Tratado de la Prueba Judicial – La Prueba Pericial, 2ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1996, pp. 51).

el experto en relación con el cronograma de obra, es menester reiterar en este punto lo expuesto por el Tribunal en el acápite anterior, oportunidad en la que destacó la importancia de entender la función del perito en el marco del proceso judicial. Ciertamente, tratándose de un tema de alto contenido técnico como es el cronograma de obra, hay que tener en cuenta que las manifestaciones expuestas en este sentido por un experto especializado en la materia (en este caso el doctor Parra Ferro), deben considerarse y valorarse como conceptos técnicos o científicos que denotan marcada importancia para el proceso cuando no existe regulación contractual expresa sobre la materia en discusión.

Esto deja en evidencia que el argumento propuesto por la demandante en este evento se reduce tan solo a un desacuerdo o disconformidad frente a la determinación adoptada por el experto, circunstancia que no da lugar a la configuración de un error grave.

xlv. Causales de objeción No. 52, 53, 55, 56, 57, 58 y 59 – Respuesta referida al interrogante I-1C

El Tribunal ha agrupado en este punto las causales de objeción No. 52, 53, 55, 56, 57, 58 y 59, tras advertir que las mismas están referidas a la misma respuesta (interrogante I-1C) y, además, que en cada una de ellas se propone un argumento común consistente en que el experto, de manera infundada, se abstuvo de responder unas solicitudes de aclaración y/o complementación. Para realizar el análisis correspondiente, se transcriben a continuación las peticiones en cuestión, así como la manifestación expuesta frente a cada una por parte del auxiliar de la justicia:

Solicitud de Aclaración	Manifestación del perito
"5. Con fundamento en la respuesta anterior, determinará el perito si dicho cronograma fue el cronograma de la etapa de construcción y en consecuencia, si tiene y tuvo efectos vinculantes para las partes."	*"Esta pregunta es de carácter jurídico y de interpretación contractual que al perito técnico no le corresponde."*
"6. Con fundamento en su experiencia, así como la revisión de los cronogramas de obra de otros proyectos concesionales del mismo grupo de Bogotá-Girardot, y su conocimiento de la ejecución de contratos de obra pública, determinará el perito si existen diferencias entre un cronograma de obra para la etapa de construcción de un contrato de concesión y un cronograma de	*"El H. Tribunal señaló al perito que las aclaraciones se deben restringir a asuntos relacionados con el presente proyecto."*

obra para la ejecución de un contrato de obra pública. En el evento de ser positiva la respuesta, expondrá las razones de dicha diferencia."	
"9. Determinará el perito, con fundamento en el cronograma de obra contractual, la ejecución del proyecto durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013. Determinará el perito: *"- Si el Concesionario inició obras por solicitud del Gobierno Nacional con anterioridad al inicio de la etapa de construcción.* *"- Si el Concesionario entregó al servicio obras y trayectos con antelación a las fechas fijadas en el cronograma de obra. Expondrá de manera detallada cuales son dichas obras y los valores de las mismas.* *"- Si el Concesionario ha entregado al servicio obras y trayectos que no han sido o no fueron recibidos formalmente por la Interventoría, (sic) las razones de la no suscripción de las actas de entrega y recibo.* *"- Si la entrega al servicio realizada por el Concesionario está contemplada contractualmente.* *"- Si la entrega al servicio de dichos trayectos y/o subtrayectos, generan un sobrecosto al Concesionario por el desgaste de la carpeta asfáltica, y sus efectos sobre la póliza de estabilidad de cada uno de ellos."*	*"La pregunta original se refiere al 'programa de obra original, supuestos técnicos', por lo cual todas estas solicitudes no corresponden con aclaraciones de la pregunta original y se consideran temas nuevos a los cuales no se hará aclaración según lo instruido por el Honorable Tribunal."*
"10. Establecida dicha ejecución y con base en la trazabilidad que realizará en asocio con el perito financiero, de las solicitudes y requerimientos realizados por CABG a la ANI relacionadas con las excesivas necesidades prediales, desde qué momento contractual se generaron problemas en la ejecución por predios, traslado de redes de servicios públicos."	*"La pregunta original se refiere al 'programa de obra original, supuestos técnicos', por lo cual la solicitud no corresponde con aclaraciones de la pregunta original y se consideran temas nuevos a los cuales no se hará aclaración según lo instruido por el Honorable Tribunal."*
"11. Con fundamento en las respuestas anteriores y en especial su propia experiencia, determinará el perito, si encuentra razonable y oportuno –	*"La pregunta original se refiere al 'programa de obra original, supuestos técnicos', por lo cual la solicitud no corresponde con aclaraciones de la*

técnicamente- que la ANI declarara el riesgo predial en el segundo semestre del año 2010."	*pregunta original y se consideran temas nuevos a los cuales no se hará aclaración según lo instruido por el Honorable Tribunal."*
"12. Con fundamento en las respuestas anteriores y en especial su experiencia, determinará el perito cuando debió la ANI declarar el riesgo predial."	*"La pregunta original se refiere al 'programa de obra original, supuestos técnicos', por lo cual la solicitud no corresponde con aclaraciones de la pregunta original y se consideran temas nuevos a los cuales no se hará aclaración según lo instruido por el Honorable Tribunal."*
"13. Con fundamento en las respuestas anteriores, establecerá el perito si las demoras de la ANI en la declaración del riesgo predial, afectaron la ejecución del cronograma de obra del proyecto, en cualquiera de sus versiones."	*"La pregunta original se refiere al 'programa de obra original, supuestos técnicos', por lo cual la solicitud no corresponde con aclaraciones de la pregunta original y se consideran temas nuevos a los cuales no se hará aclaración según lo instruido por el Honorable Tribunal."*

Sobre la solicitud de aclaración 5 encuentra el Tribunal que este es un asunto jurídico en la medida en que se solicitaba se estableciera el carácter vinculante del cronograma que no le correspondía resolver al auxiliar de la justicia.

Respecto a las solicitudes de aclaración 6, 9, 10, 11, 12 y 13 considera el Tribunal que aunque el perito no da una respuesta de fondo a la pregunta planteada exponiendo las razones para ello, la falta de respuesta no constituye error grave. Así lo ha concluido la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que, "... *un dictamen deficiente o incompleto, por falta de contestación de todas las preguntas formuladas, de suyo, no comporta un error grave, dando lugar a su complementación o adición, sea a petición de parte, sea de oficio, y en definitiva, a su valoración por el juez, pues, el yerro predicase de la respuesta y no de su omisión*"[211].

En estos términos, es claro que no hay un error grave que afecte el contenido y la validez de la experticia, por lo cual se rechazan las causales de objeción estudiadas.

xlvi. Causal de objeción No. 54 – Respuesta referida al interrogante I-1C

[211] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de nueve (9) de julio de 2010, Rad. 1999-02191-01.

La objetante aduce que el perito omitió responder la solicitud de aclaración No. 7 referida al interrogante I-1C, pues, en su sentir, no hizo referencia alguna a la cláusula 19 del contrato de concesión, pese a que así se le había pedido. Además, critica nuevamente las supuestas apreciaciones subjetivas realizadas por el experto en cuanto al cronograma de obra. En esta solicitud se preguntó lo siguiente:

Solicitud de Aclaración	**Manifestación del perito**
"*7. Con fundamento en las respuestas anteriores así como las labores del Interventor del Contrato basadas tanto en el Contrato de Concesión como en el de Interventoría de Dis Ingeniería, (sic) si el fin último de la programación contenida en el cronograma de obra era cumplir con los hitos contractuales establecidos en el Contrato, de manera concreta en la cláusula 19 del contrato.*"	"*El fin último de la programación es cumplir con los hitos contractuales y cumplir con los requisitos necesarios para que la interventoría ejerza su labor de supervisión y control durante la ejecución de la obra, además de que debe estar asociado con la gestión predial de la cual depende en gran medida el logro de los objetivos constructivos y de los hitos de obra del Proyecto. El fin último solo se alcanza si se logran cumplir metas intermedias o fines parciales durante la ejecución de la obra, y si se concentran los esfuerzos en resolver ante todo la ruta crítica del programa, cuyo detalle no se incluyó en los programas de obra.*"

Observando el contenido de la respuesta dada en este punto por el auxiliar de la justicia, el Tribunal encuentra que en este caso sí se contestó la petición según fue planteada. En concreto, el doctor Parra Ferro indicó cuál era el fin último de la programación contenida en el cronograma de obra, señalando al respecto que éste solo se alcanzaba "*... si se logran cumplir las metas intermedias o fines parciales durante la ejecución de la obra, y si se concentran los esfuerzos en resolver ante todo la ruta crítica del programa*"[212].

Ahora bien, la conclusión expuesta en estos términos permite entender igualmente por qué el perito no se refirió en este caso a la cláusula 19 del contrato, habida cuenta que –en su sentir–, antes que el cumplimiento de los hitos contractuales contemplados en el contrato y de manera concreta en la referida cláusula 19, el fin último de la programación contenida en el cronograma de obra estaba representado en lograr el cumplimiento de metas intermedias o fines parciales.

[212] Página 261 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

De otro lado, en cuanto a las supuestas calificaciones subjetivas o apreciaciones personales de que se duele la objetante, el Tribunal reitera lo dicho páginas atrás, cuando señaló que las consideraciones expuestas por el perito en cuanto al cronograma de obra, tienen naturaleza de conceptos técnicos o pronunciamientos especializados, circunstancia que es del todo acorde con el objeto de la prueba pericial y que, por tanto, no dan lugar a juicio de reproche alguno.

En estos términos, no prospera este motivo de objeción.

xlvii. Causal de objeción No. 60 – Respuesta referida al interrogante I-2C

La objetante manifiesta que el perito incurrió en un error grave al responder la solicitud de aclaración No. 1 atinente al interrogante I-2C, pues, si bien señala que el Otrosí No. 8 contempló o adicionó la construcción de los puentes de las intersecciones de Terreros y de San Mateo, no se encargó de precisar que la ejecución de estas obras estaba sometida a condición, concretamente, al cumplimiento del nivel de servicio de la vía y a que se determinara lo concerniente a la financiación de las mismas.

Esta especial circunstancia ya fue objeto de análisis por parte del Tribunal al estudiar las causales de objeción No. 15, 30 y 32, oportunidades en las que se dejó claro que el perito sí hizo referencia expresa en su experticia a que la construcción de estos puentes estaba sujeta a unos condicionamientos previstos en el Otrosí No. 8.

De manera concreta, al responder la solicitud de aclaración No. 2 frente al interrogante 6A, el experto se encargó de precisar que "*... las obras de los puentes de las intersecciones Terreros y San Mateo estaba supeditada al nivel de servicio de las mismas y la posibilidad de financiación con cargo a los ingresos de la concesión, las cuales se autorizaron mediante Adicional No 1 firmado el día 21 de enero del 2010*"[213].

Así las cosas, si bien es cierto que al responder la solicitud de aclaración No. 1 del interrogante I-2C no se expresó nada frente a los condicionamientos a que se refiere la objetante, no puede perderse de vista que la pericia debe ser estudiada y valorada en su conjunto, esto es, teniendo en cuenta los distintos informes y las respuestas contenidas en los mismos, lo que permite concluir que el doctor Parra Ferro sí advirtió y expresó en su dictamen pericial que la construcción de los puentes de las intersecciones de Terreros y San Mateo estaba sujeta al

[213] Página 201 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

cumplimiento de unos condicionamientos, pues así lo señaló al pronunciarse frente a las solicitudes de aclaración planteadas sobre los interrogantes 5A y 6ª, según quedó visto.

En este entendimiento, se rechaza esta causal de objeción.

xlviii. Causal de objeción No. 61 – Respuesta referida al interrogante I-2C

La objetante manifiesta su desacuerdo frente al pronunciamiento dado por el perito a la solicitud de aclaración No. 8 referida al interrogante I-2C, aduciendo nuevamente que las conclusiones relacionadas con el cronograma de obra y su nivel de detalle no tienen sustento contractual y corresponden más bien a una postura subjetiva del experto. Alegando esto como sustento señala que la mencionada petición no fue respondida.

El siguiente es el contenido de la solicitud de aclaración *sub examine* y de lo expresado al respecto por el auxiliar de la justicia:

Solicitud de Aclaración	Manifestación del perito
"8. Con fundamento en las respuestas a la pregunta 1. De este cuestionario, determinará el perito si la programación de obra exigida por la ANI en el Otrosí 19 correspondía en la práctica a una exigencia propia de contratos de obra pública o a un cronograma de construcción de un contrato de concesión."	*"Debido al bajo nivel de desglose con el que cuenta la programación de obra entregada por la CABG S.A. en el Otrosí No 19, es difícil generar una comparación entre este cronograma y uno utilizado en un contrato bien sea de concesión o de obra pública, ya que sin importar el tipo de contrato que se esté desarrollando los cronogramas deben garantizar que se puedan efectuar labores de control y seguimiento al cronograma ya que en los dos se ejecutan obras de construcción."*

De acuerdo con lo expuesto en estos términos por el perito, la comparación solicitada no pudo realizarse debido al bajo nivel de desglose de la programación de obra hecha por el concesionario en el caso concreto, circunstancia que para el Tribunal es justa causa para que no se hubiere abordado de fondo la petición concreta, pues se trata de una manifestación de orden técnico que fue debidamente sustentada y reiterada en los informes de pericia, oportunidades en las que se expusieron de manera amplia las razones que le permitieron al auxiliar de justicia concluir que el cronograma de obra presentado por la concesionaria no cumplía con el desglose o el nivel de detalle que exige un proyecto de la magnitud de la Doble Calzada Bogotá - Girardot.

De otra parte, el Tribunal debe reiterar lo expresado párrafos atrás cuando ha señalado que las consideraciones expuestas por el perito respecto de la programación de la obra y las falencias encontradas en los cronogramas entregados por el concesionario durante la ejecución contractual, no pueden calificarse de apreciaciones personales o interpretaciones subjetivas, pues ya se ha dicho que estos pronunciamientos deben ser tenidos en cuenta como conceptos técnicos o pronunciamientos especializados, de ahí que no pueda emitirse frente a las mismas un juicio de reproche.

Teniendo en cuenta estas razones, la causal de objeción no prospera.

xlix. Causal de objeción No. 62 – Respuesta referida al interrogante I-7C

En el literal e) de la solicitud de aclaración No. 3 formulada en relación con el interrogante I-7C, la sociedad convocante pidió al perito que aclarara respecto del Trayecto 1 "*... si CABG debía realizar una identificación predial de dichos predios y a qué se refiere con una identificación predial oportuna de estos*".

El Ingeniero Parra Ferro se pronunció sobre este particular precisando que, según lo estipulado en la cláusula décima tercera del Otrosí No. 17, la gestión de los predios correspondientes al Trayecto 1 se realizaría de conformidad con lo establecido en la cláusula 37 del contrato de concesión y, por tanto, "*... la CABG S.A. tenía la obligación de realizar una identificación de los requerimientos prediales para la implantación de las obras en el Trayecto 1*"[214].

La apoderada de la demandante objeta la mencionada respuesta aduciendo que la misma denota falta de rigor conceptual y desconocimiento de los documentos contractuales por parte del auxiliar de la justicia, quien no tuvo en cuenta en este punto que "*... los diseños del trayecto 1, Transmilenio-Soacha, fueron realizados por desarrollo de un convenio interadministrativo por un consultor para el IDU (Consorcio General), en fecha posterior al Otrosí No. 8, y que dichos diseños, como cualquier otro eran los que determinaban las necesidades prediales del trayecto y en consecuencia las necesidades de financiación del mismo*".

Sea lo primero advertir a frente este particular que, contrario a lo manifestado por la objetante, el experto sí tuvo en cuenta al realizar sus análisis que los estudios y diseños correspondientes al Trayecto 1 fueron elaborados por el IDU, pues así lo indicó al pronunciarse frente al literal d) de la solicitud de aclaración No. 3 *sub examine*, oportunidad en la que puso de presente que, "*[l]os estudios y diseños fueron elaborados por el IDU y estos fueron desarrollados por la firma Consorcio*

[214] Página 286 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

General, de otra parte el perito técnico no conoce dentro de los documentos revisados para la realización de los informes No 1500/13 y 1500-1/13 de un estudio de predios realizado para estas obras [las del Trayecto 1]"[215].

El aparte en cita permite evidenciar dos cosas, primero, que el perito –como ya se dijo– sí tuvo en cuenta y analizó los estudios y diseños que elaboró el Consorcio General, por encargo del IDU, para la construcción del Trayecto 1 y, segundo, que tras advertir que dentro de los documentos concernientes a estos diseños no se contenía un estudio de predios, era legítimo entender que a la sociedad concesionaria le correspondía realizar la respectiva identificación, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula tercera del Otrosí No. 17 que remitía a la cláusula 37 del contrato de concesión.

Estas consideraciones demuestran que el reproche planteado por la objetante debe desestimarse, pues –valga la reiteración– el perito sí conoció y tuvo en cuenta para sus análisis los estudios y diseños elaborados por el IDU para el Trayecto 1 y, además, fue dicha circunstancia la que le permitió advertir que allí no se contaba con un estudio predial, determinando en consecuencia y con apoyo en las cláusulas del contrato, que le correspondía a la sociedad concesionaria adelantar las actividades tendientes a la identificación predial para la ejecución de este Trayecto en específico.

Por estas razones, se deniega la causal de objeción.

I. Causal de objeción No. 63 – Respuesta referida al interrogante I-7C

Ligado al punto anterior, la objetante aduce que el experto se equivocó al concluir que los diseños del Trayecto 1 los realizó la sociedad concesionaria y que era su responsabilidad identificar los requerimientos prediales para la construcción de este Trayecto.

De entrada hay que advertir sobre este particular que según lo expuesto *supra* no es cierto que el perito hubiere indicado que los estudios y diseños del Trayecto 1 "*Transmilenio-Soacha*" los haya realizado la sociedad concesionaria. Por el contrario, está demostrado que el auxiliar de la justicia concluyó en este sentido que dichos estudios y diseños los elaboró el Consorcio General, previo contrato celebrado para tal efecto con el IDU.

Ahora, está claro también que según lo dicho por el auxiliar de la justicia –después de advertir que los mencionados diseños no tenían un estudio predial–,

[215] Página 286 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico(Cuaderno de Pruebas 93).

la responsabilidad de efectuar la identificación de los predios para el Trayecto 1 era de la sociedad contratista, determinación que es consecuente con su análisis y que en todo caso fue sustentada en lo estipulado en la cláusula décimo tercera del Otrosí No. 17, concordada con la cláusula 37 del contrato de concesión.

Bajo este entendimiento, no le asiste la razón a la objetante y, por tanto, este motivo de objeción se denegará.

Ii. Causal de objeción No. 64 – Respuesta referida al interrogante I-7C

La apoderada de la demandante plantea un nuevo motivo de objeción aduciendo que el perito injustificadamente se abstuvo de responder la solicitud de aclaración No. 5 referida al interrogante I-7C.

En la mencionada petición, se había pedido al experto que, "*[c]on fundamento en su respuesta anterior*[216]*, determinará el perito si dicha situación afecta la ejecución del programa de obra y a la Concesión*".

Es cierto que el Ingeniero Parra Ferro no dio respuesta a la referida solicitud de aclaración No. 5, manifestando que no se pronunciaba sobre el particular debido a que el Otrosí No. 21 no fue aportado dentro de los cuadernos de prueba de su peritaje y, por ende, no le era posible determinar la afectación al programa de obra y a la concesión misma[217].

Como se ha dicho la falta de respuesta no da lugar a la configuración de un error grave.

Por lo anterior, se deniega esta causal de objeción.

Iii. Causal de objeción No. 65 – Respuesta referida al interrogante I-7C

En la solicitud de aclaración No. 13 atinente al interrogante I-7C, se pidió al experto que señalara por qué razón había concluido de manera reiterada en el

[216] La "respuesta anterior" a que se refería la solicitud No. 5 es la siguiente: "4. Complementará el perito su respuesta, explicando su manifestación a folio 445, referente a la falta de ejecución de las obras del Trayecto 1 contratadas mediante el Otrosí 8, que no pueden ser construidas por factores externos a la Concesión y que están en proceso de sustitución por obras.
"El perito técnico aclara que la meniconada (sic) sustitución de las obras que no se habían logrado ejecutar por parte de la CABG S.A. por factores externos, ajenos su propia gestión hacía referencia a las obras de la cicloruta urbana del trayecto 12 que se firmó en un otrosí posterior [Otrosí No. 21] el cual no fue aportado dentro de los cuadernos de prueba de este peritaje." (Página 286 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico)

[217] Página 287 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

informe inicial que los cronogramas de obra presentados por el concesionario no contaban con el nivel de detalle o el desglose necesarios para que la firma interventora pudiera adelantar sus tareas de supervisión.

Con ocasión de lo anterior, el Ingeniero Parra Ferro aborda nuevamente este asunto en particular y expresa las razones que de manera amplia y reiterada esgrimió en sus informes de pericia para concluir, desde el punto de vista técnico, que la programación de obra que en su momento elaboró y entregó la sociedad concesionaria no cumplía con el detalle o el desglose que se requería en un proyecto de esta envergadura, dificultándose así el desarrollo de la función de supervisión que le correspondía realizar a la Interventoría. Para llegar a dicha conclusión, el perito expuso de manera puntual las falencias del cronograma de obra del concesionario, las cuales corresponden a circunstancias de orden eminentemente técnico que son propias del área de la ingeniería civil.

Esta respuesta es cuestionada por la objetante, quien argumenta de nuevo que el auxiliar de la justicia se equivocó al adoptar esta conclusión basado únicamente en apreciaciones personales o subjetivas y en pleno desconocimiento de las condiciones contractuales.

Sobre esta materia ya se ha referido el Tribunal en varias oportunidades, indicando que el auxiliar de la justicia se encargó de realizar los análisis correspondientes al denominado cronograma de obra, conforme a lo cual pudo encontrar que en los documentos contractuales sólo se habían estipulado condiciones muy generales en relación con este asunto en concreto. Fue precisamente por esta razón que en uso de su experticia y de sus especiales conocimientos en el área de la ingeniería, definió los requerimientos que técnicamente debía cumplir la programación de un proyecto de la envergadura de la Doble Calzada Bogotá – Girardot y, con base en ello, valoró el cronograma de obra del contratista.

Vale reiterar, entonces, que en este caso el perito emitió su concepto técnico como le correspondía, de ahí que sus consideraciones no puedan calificarse como simples apreciaciones personales o subjetivas –como lo entiende la demandante–, sino que, por el contrario, se trató de juicios técnicos que fueron fruto de la experticia del auxiliar de la justicia.

Por estas razones, no prospera la objeción alegada.

Iiii. Causal de objeción No. 66 – Respuesta referida al interrogante I-7C

La apoderada judicial de la convocante aduce que el perito no aclaró lo que se había pedido en la solicitud No. 14 concerniente al interrogante I-7C. Señala en este sentido que el Ingeniero Parra Ferro se limitó a reafirmar la respuesta inicial, sin tener en cuenta el universo de obras que eran inherentes a la ejecución del Trayecto 1. Respecto de esta petición en concreto se tiene lo siguiente:

Solicitud de Aclaración	**Manifestación del perito**
"14. Determinará el perito, si existiendo un cronograma de obra contractual, es técnicamente válido valorar la ejecución de la obra con tan solo dos de las actividades contratadas en el Trayecto 1 (CMN y carriles de Transmilenio) sin incluir las demás actividades."	*"El perito aclara que los porcentajes de avance de las obras del trayecto 1 como lo son (CMN y carriles de Transmilenio) fueron tomados como referencia para observar las obras críticas del proyecto en este trayecto y a pesar de no ser las únicas obras contratadas en el mismo sí constituyen una gran parte de éstas."* – Subraya del Tribunal–

Revisada la solicitud en cuestión y el pronunciamiento hecho por el auxiliar de la justicia, puede establecerse que en este evento sí se aclaró la inquietud planteada por la sociedad demandante, como quiera que el perito precisó que, si bien existían más actividades concernientes a la construcción del Trayecto 1, había tomado sólo dos de ellas como "*referencia*" para observar las obras críticas en este trayecto, en atención a que las mismas representaban gran parte del porcentaje de las obras a ejecutar y permitían valorar el avance del contrato en este punto.

Sin perder de vista que lo expuesto por el perito en esta parte de su experticia tiene un alto contenido técnico y que se trata del cuestionamiento del método de selección que se aplicó para emitir la respuesta, cosa que no da lugar a la configuración de un error tal como se ha dicho.

Estas consideraciones dan lugar a que esta causal sea denegada.

liv. Causal de objeción No. 67 – Respuesta referida al interrogante II1-C

La última causal de objeción está relacionada con la solicitud de aclaración No. 1 referida al interrogante II1-C, mediante la cual se pidió al perito que determinara, "*... si la concesión indemnizó los predios de los propietarios afectados de Balcones de Sumapaz, como lo (sic) expresado en el Dictamen Técnico*".

Pronunciándose respecto de esta solicitud, el auxiliar de la justicia señaló de manera puntual lo siguiente:

> *"Cuando el perito se refiere a que el Concesionario indemnizó a los propietarios de los predios ubicados dentro de la estabilidad del talud que se desarrolló en este sitio se refiere a que los predios afectados fueron adquiridos por el Proyecto, o sea fueron comprados por el Proyecto por estar ubicados dentro del área de influencia de la inestabilidad que existe en este sitio."*[218]

Sobre este particular, la objetante alega que –en su sentir– no era admisible la respuesta dada por el perito en los anteriores términos, habida cuenta que la misma "*... no es seria ni responde en concreto. No determina lo ocurrido en el sitio y tampoco contesta si CABG debía indemnizar, y si eso fuera así, si lo hizo*".

Teniendo en cuenta la respuesta del perito, así como los errores que supuestamente aquejan dicho pronunciamiento, el Tribunal puede establecer que no tiene razón la demandante en sus planteamientos, ya que, de un lado, el auxiliar de la justicia contestó en este caso lo que se le preguntó señalando al respecto que –en su entender–, la sociedad concesionaria sí "*indemnizó*" a los propietarios de los predios afectados por los problemas de inestabilidad en la zona de Balcones de Sumapaz, mediante la compra o adquisición de sus terrenos y, de otra parte, porque en la solicitud de aclaración *sub examine* no se solicitó al perito que determinara lo que había sucedido en este sitio en particular y tampoco que precisara si la concesionaria "*debía*" indemnizar a los propietarios afectados.

No obstante ello, el Tribunal considera pertinente advertir que lo concerniente al concepto de indemnización de perjuicios en el marco de este proceso judicial, así como al alcance y aplicación de dicha institución, corresponde a un asunto de contenido jurídico que debe ser analizado y decidido de manera exclusiva por el panel arbitral y no por el perito técnico, de ahí que la mencionada respuesta en la que se refirió a las "*indemnizaciones*" de los propietarios afectados por los problemas de inestabilidad en la zona de Balcones de Sumapaz es del todo insustancial y, por tanto, no se tendrá en cuenta para resolver la controversia suscitada entre las partes.

Estas consideraciones son suficientes para denegar la objeción.

[218] Página 296 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaraciones y Complementación al Dictamen Pericial Técnico (Cuaderno de Pruebas 93).

C. Objeción parcial por error grave formulada por la CABG en contra del dictamen pericial contable-financiero rendido por EQUITY BANCA DE INVERSIÓN S.A

Mediante memorial presentado el 21 de abril de 2014, la apoderada de la parte convocante objetó parcialmente por error grave el dictamen contable-financiero rendido por la firma **EQUITY INVESTMENT S.A.S. (en adelante el Peritaje de Equity)**. Para demostrar la existencia del error grave, la objetante agrupa las causales en tres grupos, a saber:

i) *"Respecto de la no respuesta del perito a algunas preguntas del dictamen original"*;
ii) *"Respecto de las preguntas de carácter general realizadas al perito por la Concesión Autopista Bogotá-Girardot"*;
iii) *"Respecto de algunas de las preguntas de carácter general realizadas al perito por el INCO y que fueron contestadas con errores graves"*.

En el mismo orden, el Tribunal procede a analizar las distintas razones aducidas por la convocante para fundamentar su objeción.

i. "Respecto de la no respuesta del perito a algunas preguntas del dictamen original"

1) "El perito debía responder respecto al dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 1: Determinará el perito el modelo financiero de los estudios previos a la Licitación INCO No. 001 de 2003..."

Respecto de esta pregunta dice la convocante que *"El perito no contesta, manifiesta que ninguna de las partes suministró el modelo financiero de estructuración"*. Y agrega que *"... se puede acreditar que al realizar –CABG- la inspección judicial en las instalaciones de la ANI y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se encontró el modelo financiero de estructuración."*

El perito explica en su respuesta que no puede contestar la pregunta porque ninguna de las dos partes le ha suministrado dicho modelo, a pesar de haberlo solicitado a ambas por conducto de sus apoderados.

La ANI, requerida por el Tribunal, con comunicación recibida el 18 de julio de 2013, accedió a enviar al Tribunal el modelo financiero de que se habla, pero el dictamen había sido emitido el 31 de mayo de 2013, es decir, más de un mes antes. El modelo financiero del Concesionario no fue posible conocerlo.

Por lo demás, el Tribunal ha dicho ya varias veces que, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, la falta de respuesta a una pregunta no configura per se un error grave. *"El yerro,* como dice la Corte Suprema de Justicia en la providencia transcrita anteriormente, *predícase de la respuesta y no de su omisión".*

No se acepta por tanto la razón de error grave aducida.

2) "El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: "PREGUNTA 2.2.: "Determinará el perito la estructura financiera inicial de la concesión y la estructura de los ajustes posteriores realizados al Contrato y a la programación."

Afirma la Convocante que *"el perito no contesta"* esta pregunta, y agrega: *"aduce que no es posible determinar la estructura financiera inicial de la concesión, en la medida en que no cuenta con el modelo financiero de la concesión."*

No es cierto que el perito no haya contestado esta pregunta. Por el contrario, después de advertir que *"no es posible determinar la estructura financiera inicial de la concesión, pues se desconoce el modelo financiero concebido por el concesionario"* (no el de la concesión), diligentemente hace un ejercicio sobre *"la estructura financiera del Contrato de Concesión GG- 040-2004 y sus posteriores modificaciones".*

No se acepta entonces la causal de error grave aducida.

3) "El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 3: "Determinará el perito los supuestos regulatorios (incluyendo CONPES y demás) técnicos y económicos del modelo financiero del Contrato."

Dice la convocante que "El perito no responde esta pregunta, manifiesta que no cuenta con el modelo financiero de la concesión, lo cual no es cierto..."

Lo que manifiesta el perito es que *"el modelo financiero del contrato No. GG-040-2004, al que se remite esta pregunta, fue solicitado a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a través de sus apoderados; no obstante, a la fecha no ha sido recibido".* Y agrega el perito que en la revisión que hizo del expediente encontró que dicho modelo financiero (el del concesionario) *"tampoco se encuentra aportado como prueba".* Concluye EQUITY que en vista de lo anterior,

"no es posible determinar los supuestos regulatorios, técnicos y económicos de dicho modelo".

Se impone decir una vez más que la falta de respuesta no configura un error grave y que el supuesto de la argumentación de la convocante es inexacto.

Esta causal de error grave se rechaza.

4) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 4: "Determinará el perito la matriz de riesgos del contrato, así como la matriz del otrosí 8 y del otrosí 18."*

Dice otra vez la convocante que "El perito no contesta la pregunta formulada, aduciendo que no cuenta con la matriz de riesgos del contrato para hacerlo."

El Tribunal observa que la afirmación de la objetante es inexacta. El perito sí responde la primera parte de la pregunta, lo cual hace con base en las cláusulas 14, 15, 12 y 13 del Contrato de Concesión. La segunda parte de la pregunta sí se abstiene de contestarla y aduce al respecto que la sociedad convocante no le suministro las matrices de riesgos de los otrosíes 8 y 18, a pesar de haberlos solicitado a través de su apoderado; y agrega que no halló dichas matrices en la revisión que hizo del expediente respectivo.

En relación con la parte de la pregunta contestada por el perito, el Tribunal observa que la apoderada objetante no está de acuerdo con la forma como lo hizo el experto, lo cual no es una razón para configurar un error grave. Y en relación con la parte de la pregunta no respondida, el Tribunal reitera que este hecho no configura un error grave.

También se rechaza esta causal.

5) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 5: "Determinará el perito el riesgo predial y su ejecución".*

La apoderada está de acuerdo con el perito en *"que el riesgo predial, desde el punto de vista financiero, tiene un carácter compartido entre el Concesionario y el INCO"*, pero se queja de que "El perito no determina ni expone al Tribunal el alcance a cargo de cada una de las partes del denominado riesgo compartido." Y también se queja de que *"Por otro lado, el Perito no contestó como se realizó el riesgo predial durante la ejecución del Contrato".*

El Tribunal observa que el perito sí determinó el alcance de las obligaciones de las partes en relación con el riesgo predial y que lo hizo con base en los textos contractuales pertinentes. Pero no se refirió a la ejecución del Contrato con relación al dicho riesgo predial.

Haciendo caso omiso de la generalidad de la pregunta, lo que queda claro para el Tribunal es que la apoderada de la Convocante no está de acuerdo con la respuesta del perito en lo relativo al alcance de las obligaciones de las partes en materia predial y que tampoco lo está en que haya omitido lo relacionado con la ejecución del contrato en materia predial. En cuanto a lo primero, debe decirse que no está demostrado que constituya error grave; y en cuanto a lo segundo, que la omisión no constituye error grave.

En consecuencia, la objeción debe desecharse.

6) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 8: "El riesgo geológico y su ejecución."*

La Convocante se queja de que "el perito no contesta respecto a los términos de ejecución del riesgo geológico."

También haciendo caso omiso de la generalidad de la pregunta, el Tribunal entiende que si se considera que la respuesta es incompleta, no hay lugar a deducir un error grave por ese hecho.

Procede entonces rechazar esta causal.

7) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 9.3: "Determinará el perito la valorización y estimación de los riesgos en los estudios previos de la Licitación No. 001 de 2003."*

Dice la objetante: *"El perito afirma que no cuenta con los Estudios Previos de la Licitación por lo que no le es posible determinar la valoración y estimación de los riesgos establecidos en estos."*

Lo que el perito dice en realidad es que no le es posible *"determinar la valoración y estimación de riesgos"*, pues solicitó a ambas partes los estudios previos por conducto de sus apoderados y no se los enviaron, y tampoco los encontró en el expediente.

El Tribunal ha dicho ya varias veces que, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, la falta de respuesta a una pregunta no configura per se un error grave.

En consecuencia, esta causal también debe desecharse.

8) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 9.6: "Determinará el perito, si los aportes realizados por la Nación fueron suficientes para el cubrimiento del riesgo presentado."*

Dice la apoderada de la Convocante: "El perito no contesta la pregunta formulada y aduce que no cuenta con la información asociada a los aportes realizados por la Nación, ni con el soporte parcial por riesgo geológico."

El perito sí contesta la pregunta formulada, con dos salvedades:

a. En cuanto a los *"aportes realizados por la Nación al Fondo de Contingencias"*, dice el perito que *"el 23 de enero de 2013 fueron solicitados los documentos que certificaran estos aportes a través del apoderado de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A"*, documentos que no recibió, *"pese a haberse reiterado la importancia de su disponibilidad para el desarrollo del peritaje"*.

b. En cuanto a Riesgos presentados (soporte por riesgo geológico), afirma el perito que *"el 26 de enero de 2013 fueron solicitados a través del apoderado de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A, las cuentas de cobro por concepto de soporte parcial de riesgo geológico, los comprobantes de pago del INCO"* por el mismo concepto *"y las actas de soporte parcial de riesgo geológico existentes"*. Estos documentos no le fueron enviados, *"pese a que reiteradamente se solicitaron estos documentos y se expresó la importancia de contar con ellos para el desarrollo del peritaje."*

El Tribunal reitera que si se considera que la respuesta es incompleta, no hay lugar a deducir un error grave por ese hecho.

Tampoco debe prosperar esta objeción.

9) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 12: "Determinará el perito, la estructura financiera del Contrato de Concesión GG-040-2004 y las eventuales afectaciones por incumplimiento en la asunción de riesgos."*

Esta vez la queja de la Convocante es que *"El perito no contesta respecto a las eventuales afectaciones causadas por el incumplimiento en la asunción de riesgos".*

El perito, por su parte, con muy buen criterio, explica así la omisión que le endilga la objetante: *"... el enunciado de la pregunta no especifica a qué incumplimientos en la asunción de riesgos hace referencia, razón por la cual no se puede determinar cuáles son las afectaciones en la estructura financiera del contrato."*

Para el Tribunal se está ante un caso de respuesta parcial debidamente justificada que, como se ha dicho varias veces, no genera un error grave.

Procede desechar por tanto esta objeción.

10) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 19: "Determinará el perito el efecto financiero del incumplimiento en el plazo pactado para el reconocimiento de las cantidades adicionales derivadas del riesgo geológico."*

En esta oportunidad la queja de la Convocante consiste en que *"El Perito NO contesta... debido a que no cuenta con las cuentas de cobro del Concesionario por concepto de soporte parcial de riesgo geológico, los comprobantes de pago del INCO y las actas de soporte parcial de riesgo geológico."*

El perito explica así la falta de respuesta: *"El 26 de enero de 2013 fueron solicitados a través del apoderado de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A, las cuentas de cobro por concepto de soporte parcial de riesgo geológico, los comprobantes de pago del INCO"* por el mismo concepto *"y las actas de soporte parcial de riesgo geológico existentes"*. Estos documentos no le fueron enviados, *"pese a que reiteradamente se solicitaron en los meses subsiguientes y se expresó la importancia de contar con ellos para el desarrollo del peritaje."*

El Tribunal, encuentra aceptable la explicación del perito sobre la falta de respuesta y repite que esta no constituye error grave.

También esta causal debe desecharse.

11) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 21: "Establecerá, determinará y cuantificará en forma integral todos los perjuicios sufridos por el CONCESIONARIO derivados de las demoras, defectos y no realización de aportes al fondo de contingencias para el cubrimiento de los riesgos a su cargo por parte de la ANI así como todos los perjuicios derivados de la mora en el pago del riesgo geológico."*

La objetante afirma que "El perito no contesta la pregunta...dado que no cuenta con los documentos que certifiquen los aportes realizados por la Nación al Fondo de Contingencias, las cuentas de cobro del Concesionario y los comprobantes de pago por parte del INCO. Esta afirmación no es cierta..." Y agrega que "esta información estaba disponible para el perito en el expediente mismo como resultado de las inspecciones judiciales realizadas por la suscrita" en la Fiduciaria de Occidente, la CABG, La Interventoría y la ANI.

El perito explica así la falta de respuesta: El 23 de enero de 2013 fueron solicitados a través del apoderado de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A, los documentos que certificaran los aportes de la Nación al Fondo de Contingencias, sin que hasta la fecha del dictamen hubieran llegado, a pesar de la reiteración de la solicitud por parte del perito. Y el 26 de febrero del mismo año el perito solicitó por conducto de la apoderada de la Convocante las cuentas de cobro por concepto de soporte parcial de riesgo geológico, los comprobantes de pago del INCO por el mismo concepto y las actas de soporte parcial de riesgo geológico. Estos documentos no le fueron enviados, pese a que reiteradamente se solicitaron en los meses subsiguientes y se puso de presente la importancia de contar con ellos para el desarrollo del peritaje.

El Tribunal repite una vez más que la falta de respuesta a una pregunta del cuestionario respectivo no constituye un error grave.

La causal debe desecharse.

ii. "Respecto de las preguntas de carácter general realizadas al perito por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ- GIRARDOT"

Bajo esta denominación la objetante agrupa una serie de respuestas del perito que considera erróneas y una que considera contestada parcialmente. Tales respuestas se encuentran en las páginas 13 a 21 del memorial de objeciones y se analizan a continuación, siempre dentro del marco jurisprudencial establecido por el Tribunal anteriormente.

1) *En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito. Pregunta 2.2. "Determinará el perito la estructura financiera inicial de la concesión y la estructura de los ajustes posteriores realizados al Contrato y a la programación."*

La objetante manifiesta su inconformidad con el argumento del perito de *"que no es posible determinar la estructura financiera inicial de la concesión al desconocerse el modelo financiero concebido por el concesionario..."* y al respecto sostiene que el perito debió conocer el modelo financiero de la Licitación. Pero de todas maneras opina que las conclusiones del perito en esta respuesta son erróneas por dos razones: i) porque en un contrato de ingreso esperado la asunción de riesgos por parte del concesionario y las obligaciones a su cargo no pueden ser ilimitadas; y ii) porque el perito concluye que las obligaciones del concesionario son ilimitadas, a pesar de que en la respuesta a la pregunta 2.1., al determinar la estructura financiera del contrato por el ingreso esperado, la objetante entiende que las consideró limitadas.

El perito por su parte deja en claro *"que no es posible determinar la estructura financiera inicial de la concesión, pues se desconoce el modelo financiero concebido por el concesionario..."* Y a renglón seguido, con base en la información disponible en el contrato y teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusulas 14.1 (Riesgos que asume el concesionario) y 16 (Ingreso esperado), hace un juicioso ejercicio para determinar la estructura financiera del Contrato y sus posteriores modificaciones.

Observa el Tribunal que en parte alguna el perito concluye que los riesgos y obligaciones del concesionario son ilimitados y tampoco halla la contradicción señalada por la objetante. Lo que se aprecia es que la apoderada no está de acuerdo con el contenido de la respuesta del perito y trata de desvirtuarla por la vía de la objeción por error grave, el cual, no se configura.

La causal no debe aceptarse.

2) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 2.5.: Determinará el perito el efecto en la capacidad financiera del proyecto derivado de los mayores requerimientos de recursos para la adquisición de predios que implicaron las adiciones de obras pactadas entre las partes."*

La objetante no está de acuerdo con la conclusión de perito de que la capacidad financiera del proyecto no debería verse afectada por las nuevas obras pactadas en el Otrosí 8.

Nuevamente se aprecia que la apoderada objetante no está de acuerdo con el contenido de la respuesta del perito y trata de desvirtuarla por la vía de la objeción por error grave, el cual no se configura.

La causal debe rechazarse.

3) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 7: "El riesgo de financiación y su ejecución"*

La objetante considera que *"El Perito concluye que el riesgo de financiación está en cabeza del Concesionario..."* y que por tanto *"La respuesta del Perito es INCOMPLETA y al serlo resulta en equivocada..."*

Haciendo caso omiso de la generalidad de la pregunta y de la muy discutible inferencia lógica de que la respuesta del perito por ser incompleta es equivocada, el Tribunal considera que no está demostrada la existencia del error alegado. Una vez más se aprecia que la apoderada objetante no está de acuerdo con el contenido de la respuesta del perito y trata de desvirtuarla por la vía de la objeción por error grave, el cual no se configura.

La causal debe desecharse.

4) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente:: PREGUNTA 9.1: Establecerá el perito, si en alguno de los otrosíes posteriores al Contrato de Concesión se modificó la matriz de riesgos del contrato."*

Esta vez la objetante lamenta que el perito haya dictaminado que la única modificación de los riesgos de las partes del Contrato se produjo en el Adicional 1, cuando en criterio de ella la matriz del contrato no se modificó en el mencionado otrosí.

Abstracción hecha del fuerte matiz jurídico de la respuesta del perito, el Tribunal constata que se está nuevamente en la situación varias veces descrita: la apoderada objetante no está de acuerdo con el contenido de la respuesta del perito y trata de desvirtuarla por la vía de la objeción por error grave, el cual no se configura.

La causal se considera inaceptable.

5) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 9.13: Determinará el perito con fundamento en la matriz de riesgos del contrato, si el riesgo de financiación a cargo del concesionario estaba limitado o si por el contrario, era un riesgo ilimitado."*

El reproche de la convocante en este caso es doble: que el perito haya dictaminado que con base en las cláusulas 12.3 y 14.5 del Contrato no era posible determinar si el riesgo de financiación a cargo del Concesionario era limitado o ilimitado; y que no haya tomado en cuenta para responder la pregunta la matriz de riesgos.

El perito dice textualmente que se basa en "*La matriz de riesgos del Contrato de Concesión GG-040-2004, inferida a partir de las cláusulas 12 y 13 correspondientes a las obligaciones del concesionario y el INCO respectivamente y las cláusulas 14 y 15 referentes a los riesgos asumidos por el Concesionario y el INCO respectivamente…".*

Haciendo también abstracción del matiz jurídico de la respuesta del perito, se vuelve a la situación varias veces descrita: la apoderada objetante no está de acuerdo con el contenido de la respuesta del perito ni con el fundamento de la misma, y trata de desvirtuarla por la vía de la objeción por error grave, el cual no se configura.

La causal se rechaza.

6) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 10: Determinará el perito el cierre financiero del Contrato de Concesión GG-040-2004 determinando cuando y como se realizó."*

En este caso no hay reproche de la objetante. Está de acuerdo con la conclusión del perito, pero cree que "debe complementarse, concluyendo que el riesgo de financiación del proyecto, a cargo del concesionario, fue totalmente mitigado con el cierre financiero en los términos de los numerales anteriores".

En este caso no se está aduciendo error sino, simplemente, expresando el deseo de que el perito complementara su dictamen como lo habría hecho la apoderada.

Por estas razones la causal se rechaza.

7) *"El perito debía responder respecto al Dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 17: Determinará el perito con fundamento en el numeral 37.19 del Contrato de Concesión, quién tiene la obligación de aportes para la reubicación de redes de servicios públicos por encima de COP 4.000 millones de pesos de diciembre de 2002."*

El perito concluye en la respuesta a esta pregunta que el riesgo por los recursos que demande la reubicación de redes de servicios públicos por encima de 4.000 millones de diciembre de 2002 lo comparten el Concesionario y el INCO. El primero, en cuanto dicho exceso debía cubrirse con recursos de la Subcuenta de Predios, a la cual el Concesionario estaba obligado a aportar sucesivamente $27.000 y $9.000 millones de diciembre de 2002. Y el segundo, en cuanto si los recursos de la mencionada subcuenta resultaban insuficientes para el efecto indicado, el faltante debía cubrirlo el INCO con cargo a sus apropiaciones presupuestales.

Para la convocante el riesgo por el concepto mencionado corresponde íntegramente al INCO por encima de $4.000 millones de diciembre de 2002. Considera entonces que *"El error del perito es manifiesto, como lo expone el Consejo de Estado, al contradecir una norma contractual especial."*

Determinar quién tiene una obligación con fundamento en un contrato es un asunto eminentemente jurídico y convocante y perito lo entienden de manera diversa. Ya ha dicho el Tribunal que, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, en tratándose de los errores jurídicos en que incurra un perito, no puede predicarse de ellos gravedad alguna, dada su inocuidad. Es el juez quien interpreta las cláusulas contractuales según su propio criterio jurídico y no según el criterio jurídico de un experto en finanzas.

No prospera esta causal de error.

iii. "Respecto de algunas de las preguntas de carácter general realizadas al perito por el INCO y que fueron contestadas con errores graves"

Los ocho primeros motivos de error grave aducidos por la Convocante en este aparte de su memorial tienen un carácter eminentemente jurídico, como se destacará en cada caso. Por esta razón el Tribunal expondrá cada uno de dichos motivos y al final se pronunciará sobre ellos en forma conjunta.

1) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 1: "Sírvase explicar la asignación de riesgos que asumieron las partes del Contrato de Concesión GG-040-2004 y su alcance, específicamente, en materia financiera y predial. Para su respuesta tenga en cuenta los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001, así como la matriz de riesgos aprobada para la celebración de este Contrato."*

La apoderada de la convocante impugna las conclusiones de la peritación en cuanto asignan al Concesionario el riesgo financiero, la obligación de adquirir los predios necesarios para el desarrollo del proyecto y la de asumir el mayor valor de los predios por encima de lo previsto en el Contrato.

La impugnación es jurídica, pues se basa en una interpretación del Contrato.

2) *"El perito debía responder respecto al dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 2: "Sírvase explicar si dentro de la estructura del Contrato de Concesión GG-040-2004 existen otros riesgos como de mayores cantidades de obra o sobrecostos por la ejecución de la Gestión Predial que deben ser asumidos por la Agencia Nacional de Infraestructura; o si los mismos encuentran su fuente de pago en el Ingreso Esperado ofertado por el Concesionario, en los términos de la cláusula 16, modificada a través de los otrosíes Nos. 8, 15 Y el Adicional No. 1, respectivamente.*

La apoderada considera que la respuesta dada por el perito a esta pregunta "es incompleta al no realizar un análisis detallado sobre los alcances de la obligación de financiamiento de redes a cargo del concesionario que como se expuso, son limitados y determinados contractualmente, resultan en un grave error al generalizar la obligación a este respecto, convirtiéndola en ilimitada".

Como puede apreciarse en la anterior transcripción el error que se pretende demostrar es jurídico, pues se hace consistir en que el perito no realizó un análisis detallado sobre los alcances de la obligación de financiar la reubicación de redes de servicios públicos y concluyó que el mayor valor de tales reubicaciones por encima de $4.000 millones de diciembre de 2002 debía cubrirse con los aportes del Concesionario ($36.000 millones de diciembre de 2002) y en el exceso con *"los aportes residuales del INCO"*.

Se trata pues de diferencias en la interpretación del Contrato.

3) *"El perito debía responder respecto al dictamen original lo siguiente: PREGUNTA 3: Sírvase explicar la estructura financiera del Contrato de Concesión GG-040-2004, junto con las modificaciones que se han presentado producto de las adiciones de obra que se han celebrado."*

Otra vez la crítica de la apoderada a la respuesta del perito es eminentemente jurídica, pues consiste en que la respuesta del perito conduce, según ella, a considerar ilimitadas la asunción de riesgos por parte del Concesionario y las obligaciones a cargo del mismo.

Se trata nuevamente de diferencias interpretativas del Contrato.

4) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 4: "Con base en los pliegos de la licitación pública LP No. 001 de 2003 y el Contrato de Concesión GG-040-2004, sírvase explicar el alcance del riesgo financiero que asumió el concesionario."*

Otra vez la objetante considera equivocada la respuesta del perito a esta pregunta, así como la metodología empleada al efecto, y otra vez la razón de la equivocación aducida es jurídica: el perito no revisó la fase de estructuración del proyecto y esa omisión lo llevó a dictaminar que el Concesionario asumía de acuerdo con el Contrato todo el riesgo financiero, lo cual en su concepto es erróneo en vista de que conlleva la ilimitación de ese riesgo y las obligaciones inherentes a él.

La Convocante y el perito interpretan el Contrato de distintas maneras.

5) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 5: "Sírvase explicar cuál es el contenido y alcance de la obligación de financiación consagrada en el numeral 37.6 de la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, hoy numeral 37.11"*

La apoderada considera errónea la conclusión del perito en el sentido de que el Concesionario debía aportar inicialmente $27.000 millones de diciembre de 2002 para la adquisición de predios y si esta suma resultaba insuficiente, debía hacer un nuevo aporte de $9.000 millones de diciembre de 2002; en caso de que el valor de los predios superara el monto de los mencionados aportes, el Concesionario debía suministrar los recursos faltantes y el INCO debía reembolsárselos en un plazo de 18 meses con intereses remuneratorios del DT+7 y moratorios en su caso como lo previene el Contrato. El error alegado por la Convocante consistiría en que en Concesionario no estaba obligado a financiar

el mayor valor de los predios por encima de $36.000 millones de diciembre de 2002, sino que estaba simplemente facultado para otorgar esa financiación.

Evidentemente la objeción es jurídica, pues se basa en una interpretación de cláusulas contractuales.

6) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 6: Es posible distinguir en el marco del Contrato de Concesión GG-040-2004, el riesgo financiero que asumió el Concesionario para la adquisición de los predios requeridos por el Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot, de la obligación de financiación de los predios señalada en el numeral 37.6 de la cláusula 37 del Contrato GG-040-2004, hoy numeral 37.11. De considerar que existe dicha distinción, sírvase explicar en qué consiste."*

La Convocante hace consistir el error grave que alega en que "El Perito concluye que no existe una distinción entre el riesgo financiero asumido por el Concesionario para la adquisición de predios para el desarrollo del proyecto y la obligación de financiación de predios establecida en el numeral 37.11 de la cláusula 37 del Contrato".

Se debe anotar otra vez que la crítica de la apoderada a la respuesta del perito es eminentemente jurídica, pues se basa en una interpretación de cláusulas del Contrato.

7) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 7: "De acuerdo con la estructura general del Contrato de Concesión GG-040-2004, considera que la financiación que debía conseguir el concesionario según la experiencia que acreditó en la consecución de financiación, se encontraba de alguna manera "condicionada" a que previamente el INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) tuviera debidamente apropiados la integridad de los recursos que son necesarios para la adquisición de los predios, bien fuera a través de su propio presupuesto o a través del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales? Sírvase explicar su respuesta."*

La *Convocante alega que es errónea la conclusión del perito, en cuanto este "concluye que la financiación que debía conseguir el concesionario no estaba condicionada de ninguna manera a que previamente el INCO tuviese debidamente apropiados la integridad de los recursos necesarios para la adquisición de predios a través de su propio presupuesto o a través del Fondo de Contingencias*". Para la objetante la mencionada obligación de financiar sí estaba condicionada.

Para el Tribunal se está nuevamente frente a diferencias interpretativas, que conforman un asunto jurídico y que corresponde al juez zanjarlas.

8) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 9: "De acuerdo con la estructura del Contrato de ConcesiónGG-040-2004, considera que la "consecución de financiación requerida para adquirir los predios es un riesgo del Concesionario o del INCO? Sírvase explicar las razones de su respuesta."*

La objetante no está de acuerdo con la respuesta del perito en cuanto "*concluye que la consecución de financiación requerida para la adquisición de predios es un riesgo del Concesionario, sin diferenciar entre los montos predeterminados por el INCO-ANI en la fase precontractual... y los montos financiados facultativamente por el Concesionario*".

Nuevamente la crítica de la apoderada a la respuesta del perito es eminentemente jurídica, pues se basa en una interpretación de cláusulas contractuales.

Sobre estas ocho objeciones concluye el Tribunal:

a) Todas ellas consisten en desacuerdos interpretativos entre convocante y perito.

b) Todas ellas tienen carácter jurídico.

c) En todas ellas subyace el hecho de que la apoderada objetante no está de acuerdo con el contenido de la respuesta del perito y trata de desvirtuarla por la vía de la objeción por error grave.

d) En todas ellas la objetante, a pretexto de demostrar un error, insiste en sus puntos de vista jurídicos en forma de alegación.

Ya ha dicho el Tribunal varias veces y debe repetirlo ahora que de acuerdo con la jurisprudencia colombiana los errores jurídicos en que incurran los peritos son "inanes" e "inocuos", pues es al juez y no al auxiliar de la justicia a quien corresponde dilucidar los problemas jurídicos sometidos a su consideración, entre los cuales ocupa lugar muy importante la interpretación de los contratos.

También ha dicho el Tribunal varias veces y debe repetirlo ahora que la inconformidad del objetante con el dictamen pericial no puede erigirse en error del perito y mucho menos en error grave.

Sin más consideraciones, el Tribunal considera que las ocho impugnaciones de que se viene tratando deben ser desechadas.

Vienen ahora cuatro objeciones por error grave de la peritación caracterizadas por no demostrarse la existencia de los respectivos errores.

9) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 11: "En su criterio puede ser un mecanismo de des financiación del Proyecto Bosa-Granada-Girardot, el empleado por el concesionario y sus subcontratistas-accionistas en la que contabilizó una sobrefacturación frente a una ejecución menor de las obras de acuerdo con las actas de obra. Para esta respuesta tenga en cuenta, además, la Resolución No. 9046 del 2 de julio de 2009 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, aportada al expediente."*

La objetante manifiesta que "la respuesta del perito al no estar fundamentada en los documentos de la ejecución financiera del proyecto, sino en especulaciones y asunciones del perito, resulta no solo en un error grave sino una en una notoria falsedad".

La conclusión final a que llega el perito después de juicioso análisis es la siguiente: "Así pues, considerando que las operaciones de sobrefacturación tuvieron como consecuencia mayores exigencias de recursos para el Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot, las cuales suscitaron la necesidad de conseguir nuevas fuentes de financiación, podría concluirse que dichas operaciones sí podrían llegar a constituir un mecanismo de desfinanciación del proyecto".

Una lectura desprevenida de la respuesta del perito a la pregunta 11 permite constatar que no es exacto que el perito no haya fundamentado su respuesta *"en los documentos de la ejecución financiera del proyecto" y tampoco lo es que se haya basado "en especulaciones y asunciones del perito"*. Por el contrario, EQUITY basó su dictamen en este punto en la comunicación enviada por el contador y el revisor fiscal de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a la Junta Directiva de la Sociedad, en la cual le informaron que entre noviembre de 2005 y abril de 2008 se había producido una sobrefacturación por parte de los subcontratistas de la mencionada sociedad, de los cuales hacían parte accionistas de la misma, por valor de $215.043.863.932. También se basó EQUITY en la Resolución 9046 de 2 de julio de 2010 de la Superintendencia de Puertos y Transporte sobre el mismo asunto.

Si no es exacto el dicho de la convocante de que el perito no se basó para responder a esta pregunta en documentos relativos a la ejecución financiera del Contrato, como acaba demostrarse, es forzoso concluir que la apoderada asimila su desacuerdo con la respuesta del perito a error grave de parte de este, lo cual no es de recibo.

10) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 12: "Sírvase explicar si estas "operaciones de contabilización" realizadas por el Concesionario con los recursos del proyecto Bosa-Granada-Girardot, puede originar la imposibilidad de adquirir los predios afectos al mismo."*

El perito responde así: "*De esta manera, teniendo en cuenta que las operaciones de contabilización resultaron en mayores exigencias de recursos para el proyecto en aspectos como aportes de equity y CAPEX por ejecutar, la destinación de recursos para otros aspectos del proyecto estará limitada y por lo tanto se verán afectados. Es por esta razón que la adquisición de predios al ser también un aspecto del modelo, podría verse perjudicada*".

La objetante expresa que no está de acuerdo con la respuesta del perito y explica por qué: "*la imposibilidad para adquirir los predios afectos al proyecto y por lo tanto para ejecutar las obras en los plazos establecidos por el Contrato, no se dio por la denominada "sobrefacturación", dado que no impidió la compra oportuna de los predios, sino por el incumplimiento de la ANI en la asunción de una obligación a su cargo que no era de CABG como se ha expresado anteriormente*". Concluye diciendo que el auxiliar de la justicia incurrió en un error grave, en cuanto ignoró el contenido de la argumentación de la objetante.

Como es obvio, ignorar la argumentación de una de las partes o de ambas no constituye per se un error grave y haciendo caso omiso de ese hecho, no está demostrado que se haya incurrido en error por parte del perito.

11) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 13: "Sírvase explicar si las "operaciones de contabilización" realizadas por el Concesionario con los recursos del proyecto, puede dar lugar a una percepción de mayor riesgo por parte de los financiadores frente al proyecto que impida la obtención de los mecanismos necesarios para la adquisición de predios y en general el apalancamiento necesario para la terminación de las obras."*

El perito, en síntesis, afirma que las llamadas "operaciones de contabilización" generaron un deterioro de los indicadores financieros de la sociedad concesionaria y afectaron por tanto su capacidad de endeudamiento.

Como en otras ocasiones, la convocante se limita a criticar la respuesta del perito y esa crítica la lleva a sostener la existencia de un error grave, en cuanto la respuesta del perito no coincide con su opinión. No se ha demostrado la existencia de error en la respuesta del perito a esta pregunta.

12) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 22: "Sírvase explicar si en la realidad de ejecución del Contrato de Concesión GG-040-2004 existe una optimización del negocio o si por el contrario existe un beneficio financiero indebido a favor del Concesionario, en tanto aun cuando no ha ejecutado la obra en los plazos máximos previstos contractualmente continúa recaudando los peajes cobrados a los usuarios que transitan la vía."*

El perito dice en respuesta a esta pregunta que el desplazamiento de los egresos en el tiempo en un proyecto de concesión vial, mientras se conservan sus ingresos inalterados, produce un incremento de la tasa interna de retorno (TIR) y del valor presente neto (VPN) para el inversionista. Y agrega que de estos aumentos se puede inferir la existencia de un beneficio financiero para dicho inversionista, pero que determinar si ese beneficio es indebido es un asunto jurídico que no le compete.

La Convocante dice compartir parcialmente la respuesta del perito, pero la considera *"errónea por ser incompleta"* y da al respecto una explicación que el Tribunal encuentra un tanto confusa: *"Pero esta afirmación resulta errónea por ser incompleta, al no informar al Tribunal la TIR proyecto o inversionista y en consecuencia, el aumento de la TIR o del VPN, en contratos donde está determinada, sólo podrá establecerse al final de la ejecución del contrato durante la liquidación del mismo, cuando la totalidad de las obligaciones de la partes puedan evaluarse y cuantificarse".*

Y agrega la objetante, también en forma confusa, que debe tenerse en cuenta que "*se desplazaron las inversiones por causas no imputables al Concesionario (incremento del 400% en el valor de los predios estimados en el Contrato de Concesión), esta situación ha afectado al Concesionario y no al INCO, pues es el Concesionario el que ha tenido que financiar los sobrecostos en materiales, administración y equipo ocasionados por la mayor permanencia así como por el mayor valor del dinero en el tiempo...*"

Otra vez acude la convocante al sistema de acudir a la objeción por error grave para alegar sobre sus puntos de vista jurídicos y al expediente de asimilar su desacuerdo con la respuesta del perito a un error grave, cuya existencia no demuestra.

Como ya se dijo, estas últimas cuatro causales de impugnación por error grave de la experticia financiera y contable tienen en común que asimilan el desacuerdo entre la convocante y el perito a un error grave, cuya existencia no se demuestra. En estas condiciones, ninguna de las cuatro puede prosperar.

13) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 23: "Sírvase establecer una metodología que permita cuantificar el beneficio financiero indebido que se ha generado a favor de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. por el desplazamiento de las inversiones en el tiempo, al no entregar las obras para su puesta en operación en los plazos máximos contractualmente establecidos en el Contrato de Concesión No. GG-040-2004, recibiendo durante dichos plazos los ingresos de los peajes, en el sentido de proceder con la cuantificación de beneficio financiero indebido que se ha generado a favor de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. producto de la aplicación de la metodología que establezca para calcular dicho beneficio."*

Para responder esta pregunta, el perito parte de la comparación de un escenario inicial y uno alterno. El primero lo equipara al modelo financiero con base en el cual el Concesionario elaboró la propuesta y el segundo se diferencia del primero *"únicamente en los egresos, los cuales corresponden a los modificados por el desplazamiento de las inversiones en el tiempo..."* A continuación describe diez pasos que deben seguirse para hacer el cálculo del beneficio financiero que se le pide. Y concluye que no es posible hacer la cuantificación de dicho beneficio porque no se conoce el modelo financiero utilizado por el Concesionario para la elaboración de la propuesta. Sin embargo, diligentemente ejemplifica la metodología que propone mediante un ejercicio académico

La Convocante, por su parte, manifiesta que "*el modelo financiero utilizado por el perito no es de la Concesión ni se conoce su origen*" y agrega que "*De hecho, en la concesión no reposa ni es conocido modelo alguno utilizado por los proponentes para la elaboración de la propuesta*". Y termina diciendo que "*En consecuencia se utiliza un documento espurio, sin origen y no vinculante*".

El Tribunal, después de una lectura cuidadosa de la peritación, registra que el perito no ha utilizado ningún modelo financiero para proponer la metodología que se le pidió. Simplemente se limitó a señalar cuáles modelos deben ser utilizados

para aplicar la metodología que propone. En estas condiciones las críticas de la convocante carecen de fundamento y en todo caso no alcanzan a demostrar que en este punto se incurrió en un error grave por parte de perito.

La objeción debe rechazarse.

14) *"En el cuestionario inicial, se le preguntó al Perito: PREGUNTA 25: "El Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot puede considerarse como deficitario? Si su respuesta es negativa, sírvase indicar cuál o cuáles pueden ser las causas que han dado lugar a su desfinanciamiento."*

Con buen criterio el perito dictamina que el Proyecto tal como se presentó a licitación no fue deficitario, como lo indica el hecho de que hayan presentado cinco propuestas de ingresos esperados elegibles y aceptables, y agrega que con el cierre financiero se comprobó la viabilidad de dicho Proyecto. Como posibles causas de desfinanciamiento del Proyecto señala: *"operaciones de sobrefacturación de obras"; "incumplimiento en el repago de los recursos para adquisición de predios en el plazo estimado"; y "retraso en la recepción de los pagos del INCO ocasionado por el incumplimiento en la entrega de trayectos por la falta de disponibilidad de los predios necesarios".* Termina con esta advertencia: *"al desconocer el modelo financiero del concesionario, no puede afirmarse que estas podrían ser las causas taxativas de desfinanciamiento".*

La objetante dice estar de acuerdo parcialmente en este punto con el dictamen. Pero pone de presente que el perito no tuvo en cuenta los sobrecostos producidos por causas imputables al INCO e incurrió por eso en error grave.

Para el Tribunal no está demostrada la existencia del error grave. Las causas de desfinanciamiento que relaciona el perito las califica de "posibles" y al final deja muy en claro que esas posibles causas no son taxativas, precisamente por el desconocimiento que se tiene del modelo financiero empleado por el concesionario para elaborar su propuesta.

La objeción debe desecharse.

D. Objeción parcial por error grave formulada por la CABG en contra del dictamen pericial de avalúos prediales rendido por CÁCERES & FERRO FINCA RAIZ S.A.

Los errores invocados por la demandante

A continuación el Tribunal analiza los distintos errores denunciados por la convocante.

i. **"Incurre en error grave el experticio elaborado por el perito CÁCERES & FERRO, por cuanto dejó de contestar varias de las preguntas de aclaraciones y complementaciones al dictamen, bajo la premisa que "son temas nuevos"**

A tal efecto señaló la demandante que las preguntas formuladas no fueron contestadas por el perito en los siguientes casos:

En el cuestionario de aclaraciones y complementaciones se solicitó al perito que se sirviera aclarar la definición dada por él respecto a "Doble calzada". Expresa la convocante que el perito manifiesta que la definición de "Doble Calzada" fue tomada textualmente de la página 12 del informe presentado por el perito técnico Parra Ferro, sin embargo, agrega la objetante, este dictamen fue objetado por ella, en consecuencia dicha definición no debe tenerse en cuenta hasta tanto el Tribunal no se pronuncie sobre la objeción.

Por lo anterior, afirma que el perito no contesta lo solicitado en el cuestionario, teniendo en cuenta que dichas definiciones se encuentran establecidas en normas vigentes.

En relación con la anterior objeción encuentra el Tribunal que el perito se le solicitó aclarar la definición de "Doble Calzada" de acuerdo con el Otrosí No 8, y al respecto expresó:

> *"R/ En referencia a esta definición, es de aclarar que la misma fue tomada textualmente de la página 12 del informe número 11500/13, presentado por el Perito Técnico "Ingeciencias", literal A: Definiciones.*
>
> *"El Otrosí número 8 al Contrato de Concesión GG-040 de 2004, suscrito el día 20 de septiembre de 2005, no establece definiciones propiamente dichas que proporcionen elementos de juicio suficientes y contundentes para definir, aclarar y complementar la expresión "doble calzada"."*

Es claro que en presente caso el perito no dejó de contestar la aclaración solicitada, pues de una parte indicó de dónde tomó la definición, y por la otra, precisó que el Otrosí 8 no tiene definiciones propiamente dichas. El hecho de que el dictamen pericial técnico haya sido objetado no acredita el error grave, pues para ello sería necesario demostrar que la afirmación del perito predial es contraria a la realidad.

Así mismo señala la Convocante que al perito se le solicitó "*aclarar y complementar cual es la función que cumple la sábana predial en el proceso de gestión de los pagos correspondientes a la compra de predios. Así mismo, complementar la definición con el procedimiento y trámite que se realiza ante y en la Fiduciaria y aclarar cómo se realiza la entrega de la sabana predial a la Fiduciaria.*" Expresa la convocante que el perito manifiesta que no es su competencia *"determinar la función que cumple la sábana predial en el proceso de gestión de los pagos correspondientes a la compra de predios"*.

Así mismo respecto a la pregunta al perito sobre el procedimiento y trámite que se realiza ante y en la Fiduciaria y la solicitud de aclaración acerca de cómo se realiza la entrega de la sábana predial a la Fiduciaria, señala la convocante que el perito no contestó pues expresó: *"les manifestamos respetuosamente que esto no se trata de una aclaración o complementación, sino que se trata de una pregunta nueva"*. Agrega que no se puede considerar que es una pregunta nueva, toda vez, que lo relacionado con la función que cumple la sábana predial es de gran importancia para la gestión predial, por cuanto en ésta se relaciona toda la información con los insumos prediales y la adquisición de los predios, y se detalla toda la información contenida en los documentos que permita analizar los cambios en los mismos, el avance del proceso y establecer las acciones para hacer más diligente el proceso predial, en el contexto de las obligaciones contractuales, las directrices técnicas y la normatividad vigente.

A este respecto considera el Tribunal que la definición que había dado el perito en su dictamen de la sabana predial claramente señalaba que *"La Sábana Predial es elaborada por el Concesionario, y actualizada periódicamente según la evolución de la dinámica predial, para su entrega a la ANI, a la Interventoría y a la Fiduciaria, con el fin de gestionar los pagos correspondientes a la compra de predios."* Por consiguiente, es claro que la pregunta formulada tenía por objeto precisar la respuesta dada inicialmente por el perito. Al contestar la solicitud de aclaración el perito modificó la definición de sabana predial eliminando los conceptos sobre los cuales versaba la pregunta. Ahora bien, en otro aparte de su escrito de objeción la Convocante señala que i) la sabana predial no desarrolla ninguna función dentro del proceso de gestionar los pagos correspondientes a la compra de predios y ii) en ninguna etapa del proceso de adquisición predial, la Sabana predial es remitida a la Fiduciaria. Por consiguiente, lo que hizo al perito al contestar la aclaración solicitada fue corregir una inconsistencia en que había incurrido, pues excluyó precisamente aquellos aspectos de la definición que podían no ser correctos a juicio de la objetante. Por consiguiente es claro que no incurrió en un error grave.

Expresa la convocante que en la Pregunta 1.1. de las Aclaraciones y Complementaciones a la pregunta 1 del cuestionarlo inicial, se le solicitó al perito "*complementar su respuesta indicando a detalle las condiciones que se deben dar para que dentro de un proceso de adquisición predial, se entienda que un avalúo esté vencido*". A tal efecto señala la convocante que el perito no contesta lo que se le solicita de "indicar a detalle las condiciones", pues únicamente se limita a transcribir los artículos 1° y 19 del Decreto 1420 de julio 24 de 1998.

En relación con la respuesta del perito considera el Tribunal que el perito contestó lo que se le preguntó, pues hizo referencia a las normas que tuvo en cuenta para concluir que un avalúo se encuentra vencido. Ahora bien, un análisis mayor al que resulta de la simple lectura de la norma desborda el campo propio de un perito técnico, pues envuelve consideraciones jurídicas. Por ello se concluye que no prospera la objeción por error grave.

Se refiere la convocante a la Pregunta 1.3. de las Aclaraciones y Complementaciones y expresa que al perito se le solicitó "*aclarar si en los avalúos comerciales elaborados por el perito, se tuvo en cuenta, los efectos del proyecto, es decir, de las obras ejecutadas, en la valoración del sector. De ser afirmativa su respuesta, complementará el perito su informe remplazando aquellos avalúos que tuvieron en cuenta la valorización por la ejecución del proyecto, descontando el efecto de las obras ejecutadas, toda vez, que en los avalúos elaborados por la concesión no se contempla lo anteriormente mencionado*". Expresa la convocante que el perito no contesta, si tuvo en cuenta o no los efectos del proyecto en los avalúos comerciales elaborados por éste.

Sobre el particular observar el Tribunal que el perito contestó lo siguiente a la solicitud de aclaración:

> *"Rl No es procedente efectuar esta aclaración ya que a la luz del parágrafo 1° del artículo 61 de la Ley 388 de 1997, se establece que:*
>
> ***"Parágrafo** 1°.- Al valor comercial al que se refiere el presente artículo, se le descontará el monto correspondiente a la plusvalía o mayor valor generado **por el anuncio del provecto u obra** que constituye el motivo de utilidad pública para la adquisición, salvo el caso en que el propietario hubiere pagado la participación en plusvalía o la contribución de valorización; según sea del caso", (negrilla y subrayado fuera de texto), y no como se pretende inducir en su solicitud: "remplazando aquellos avalúos que tuvieron en cuenta la valorización por la **ejecución del proyecto,** descontando el efecto de las obras ejecutadas" (negrilla y subrayado fuera de texto)".*

Como se puede apreciar, el perito contesta invocando una norma que regula la forma de hacer los avalúos y con base en ella se niega a hacer la aclaración porque considera que la misma no se ajusta a la norma que cita y regula la materia. Bajo esta perspectiva es claro que la negativa del perito fundada en lo que él considera establecen las normas que rigen su actividad no puede considerarse una omisión injustificada y menos aún un error grave.

También se pronuncia la convocante sobre la respuesta a la pregunta 1.9. de las Aclaraciones y Complementaciones, en la cual se solicitó al perito *"Sírvase complementar su respuesta describiendo en detalle el rol de la Interventoría del Proyecto en cuanto a la adquisición de predios, indicando si dentro de sus obligaciones se encuentra constatar que los pagos que se ordenen sean iguales al valor del avalúo del predio".* A tal efecto, manifiesta la convocante que el Perito no contesta a la pregunta, pues argumenta que se trata de temas nuevos. Señala la Convocante que en cuanto a la adquisición predial se refiere, el rol que cumple la Interventoría es de gran importancia, por cuanto es el interventor al adelantar su labor, quien deberá propiciar la toma de decisiones a tiempo y en forma correcta con el fin de evitar daños e inconvenientes en la ejecución del objeto contractual y que se generen erogaciones innecesarias.

Al respecto advierte el Tribunal que el perito no contesta la solicitud de aclaraciones formulada. En todo caso ha de observarse que establecer si entre las obligaciones de interventor está la de verificar si los pagos realizados eran iguales al valor del avalúo implica un análisis jurídico que no le corresponde a un perito experto en avalúos prediales. Por tal razón la objeción no procede.

Por otra parte expresa que en la Pregunta 1.11. del cuestionario de Aclaraciones y Complementaciones se requirió al perito *"aclarar si se pueden adquirir predios con cargo de la subcuenta de predios por valor superior al avalúo comercial, ...".* A tal efecto señala la convocante que el perito no contesta a lo solicitado en el cuestionario, pues argumenta que se trata de una pregunta nueva.

Sobre el punto advierte el Tribunal que el perito no contestó está pregunta. Sin embargo ha de observarse que determinar si con cargo a los recursos de la subcuenta de predios se pueden adquirir predios por un valor superior al avalúo comercial implica un análisis jurídico que no corresponde al papel del perito predial. Por tal razón la objeción formulada no procede.

Agrega la convocante que en la pregunta 1.12 se requirió al perito para que complementara la información presentada en la tabla No 1 indicando en qué etapa del proceso de adquisición predial se encontraba cada uno de los predios, sin embargo, el perito insiste que ésta se encuentra en las tablas, a pesar de no

ser visible en dichas tablas tal información; además el perito manifiesta que no entra en detalle por cuanto está por fuera del alcance de las preguntas formuladas en el cuestionario inicial. En relación con lo anterior señala la convocante que el perito no contesta, a pesar de que en la respuesta respecto a "*predios adquiridos cuya vigencia del avalúo ya se venció, y que se adquirieron por un valor diferente al estipulado en el avalúo comercial*" sí establece detalladamente la etapa del proceso de adquisición predial para esos predios.

Sobre el punto encuentra el Tribunal que al contestar las aclaraciones el perito señaló:

> *"R/ La información concerniente a la etapa del proceso de adquisición predial en la que se encuentra cada inmueble, se puede evidenciar en las tablas que incluimos en el informe pericial que se limita a dos categorías: predios adquiridos, y no adquiridos.*
>
> *"Ahora bien, el presente peritazgo no entra en el detalle específico de conocer en qué etapa del proceso de gestión predial se encuentra cada unidad inmobiliaria, puesto que está fuera del alcance de las preguntas formuladas en el cuestionario inicialmente propuesto."*

Como se puede apreciar, el perito precisó que en las tablas incluidas en el dictamen se indicaba el estado de los predios, esto es, si estaban adquiridos o no adquiridos, y señaló que no entraba en el detalle de la gestión predial, porque estaba por fuera del alcance de las preguntas.

Si se tiene en cuenta la pregunta tal como fue formulada al perito, se aprecia que el mismo la contestó en un sentido que podía ser interpretada, por lo que considera el Tribunal que no existe una omisión en la respuesta del perito.

Expresa la convocante que en la pregunta 1.13 se le solicitó al perito complementar su respuesta, indicando si existe una relación jurídica entre los siguientes grupos de predios que presenta en la tabla 3 CABG-IT-S-U-052, CABG-IT-S-U-055, CABG-IT-S-U-056, CABG-IT-S-U-057 y CABG-IT-S-U-061, CABG-IT-S-U-055, CABG-IT-S-U-059, CABG-IT-S-U-060. Expresa que el perito no contesta, pues manifiesta que esta aclaración no es procedente con respecto al cuestionario inicialmente planteado. Agrega la Convocante que no obstante, esta información solicitada hace parte de la gestión predial y de la Información analizada y desarrollada por el perito en las tablas presentadas en su experticia.

En relación con la pregunta anterior, encuentra el Tribunal que la solicitud de aclaración formulada por la convocante es absolutamente imprecisa, pues pueden existir relaciones jurídicas de muy diversas clases entre distintos predios

y la convocante no indica a cuál se refiere. A lo anterior se agrega que establecer relaciones jurídicas corresponde a un análisis jurídico que excede el campo del perito predial. Por lo anterior considera el Tribunal que la no respuesta del perito se encuentra justificada y en todo caso no se acredita la existencia de un error.

Señala la convocante que el perito en el dictamen realiza una comparación entre el valor del avalúo practicado inicialmente por la concesión y el avalúo actual, lo que le permite llegar a las conclusiones que indica en su dictamen, y señala que en la pregunta 1.15 del cuestionario de aclaraciones y complementaciones se le solicitó que aclarara "*cuáles son las razones por las cuales no han sido adquiridos los predios no adquiridos*". Advierte la convocante que el perito no contesta la pregunta manifestando que no es de su competencia, por cuanto estaría extralimitando el alcance de la pregunta formulada por la parte convocada. Al respecto precisa la convocante que lo anterior no es de recibo, por cuanto las afirmaciones del perito deben estar necesariamente sustentadas de lo contrario carecen de valor.

En relación con lo anterior, lo primero que debe observar el Tribunal es que el perito no contestó la aclaración que le fue planteada. En todo caso, la omisión de respuesta del perito no puede constituir un error grave, sobre todo si ella no tiene incidencia en la información solicitada. En efecto, la razón por la cual no se hayan adquirido los predios no altera el hecho de que los mismos no fueron adquiridos. Por tal razón no procede la objeción formulada.

Expresa la demandante que se le solicitó al perito que determinara sí los predios mencionados en sus conclusiones son necesarios para el proyecto y el perito rehusó a contestar.

En relación con este punto debe observarse que el perito no contestó la aclaración solicitada. Sin embargo debe precisarse que establecer si un predio se requiere o no para el proyecto no es una materia propia de un perito experto en avalúos prediales. A lo anterior se agrega que como ya se ha señalado en otros apartes de este Laudo de acuerdo con la jurisprudencia, la omisión de una respuesta no constituye error grave.

Afirma igualmente la convocante que en la pregunta 4.1. del cuestionario de aclaraciones y complementaciones se solicitó al perito aclarar *"en que aparte de la Cláusula 37 citada en la respuesta o en su defecto del Contrato de Concesión o en sus apéndices u otrosíes, se establece que por concepto de cambios en los diseños la Concesión debe reembolsar a la ANI el valor de estos predios*". Señala la convocante que el perito contesta transcribiendo un aparte de la cláusula 37 y que ello no tiene relación con la pregunta del cuestionario de las

aclaraciones y complementaciones, en consecuencia, el perito no contesta lo solicitado.

En relación con este aspecto se aprecia que en el fondo el tema que le fue planteado al perito implicaba un análisis jurídico, esto es, si a la luz del contrato, en caso de cambios de diseño el concesionario debería reembolsar a la ANI el valor de los predios que ya no eran necesarios. Como quiera que los peritos no pueden pronunciarse sobre puntos de derecho, es claro que en esta materia sus consideraciones no son parte de la prueba pericial y por ello no procede la objeción por error grave.

Se refiere la demandante a la Pregunta 5.10. de las Aclaraciones y Complementaciones en la cual se le solicitó al perito complementar "*su respuesta ampliando con base en su experiencia, las definiciones de cada uno de los PARÁMETROS PARA DETERMINAR EL ESTADO DE LA CONSTRUCCIÓN. Así mismo complementará los conceptos con registro fotográficos que ejemplifiquen cada Clase, deberá presentar ejemplos para viviendas y piscinas por separado.*" Expresa la convocante que el Perito no complementa las definiciones, ni su respuesta con ejemplos para viviendas y piscinas por separado, por lo anterior el perito no contesta lo solicitado en la pregunta.

Al respecto encuentra el Tribunal que en relación con la solicitud de aclaraciones el perito expresó:

> *"R/ PARÁMETROS PARA DETERMINAR EL ESTADO DE LA CONSTRUCCIÓN:*
> *"Clase 1: El inmueble está bien conservado y no necesita reparaciones ni en su estructura ni en sus acabados.*
> *"Clase 2: El inmueble está bien conservado pero necesita reparaciones de poca importancia en sus acabados especialmente en lo que se refiere al enlucimiento.*
> *"Clase 3: El inmueble necesita reparaciones sencillas por ejemplo en los pisos o pañetes.*
> *"Clase 4: El inmueble necesita reparaciones importantes especialmente en su estructura.*
> *"Clase 5: El inmueble amenaza ruina por tanto su depreciación es del 100%*
> *Fuente: Resolución 620 de 2008.*
> *"En lo que hace referencia al registro fotográfico, esta complementación no es necesaria para dar trámite a la pregunta inicialmente formulada."*

Como se puede apreciar, el perito contestó la solicitud formulada y lo que omitió fue incluir un registro fotográfico, lo que impide concluir que realmente no haya

dado respuesta al objeto de la pregunta. Por tal razón se negará la objeción formulada.

ii. "Incurre en error grave el experticio elaborado por el perito CÁCERES & FERRO por errores sustanciales."

Señala la convocante que el perito incurre en una serie de errores graves, los cuales analiza el Tribunal de la siguiente forma:

- ***"POR LAS INCONSISTENCIAS PRESENTADAS EN SU DICTAMEN"***

Respecto a sus juicios de valor sobre la Interventoría.

Señala la convocante que en las aclaraciones y complementaciones a la pregunta N° 3, el perito, sin sustento alguno, afirmó respecto al Consorcio Interventoría -Concesiones 2012 que era: "...la *entidad idónea para determinar, entre otros ítems, los predios que se adquirieron para el desarrollo del proyecto, pero que una vez analizadas las variables técnicas, jurídicas o financieras que inciden en la determinación del trazado final del desarrollo vial,* se *constató que no eran necesarios para la ejecución del mismo...".* Agrega la convocante que ante esta extralimitación del perito, se le solicitó sustentara los argumentos en los que soportó su juicio, no obstante, el perito se limitó a la eliminar esta apreciación subjetiva.

En relación con este punto debe destacar el Tribunal que si bien en el dictamen original se incluyó la frase a la que se refiere la demandante, en las aclaraciones a su dictamen, el perito modificó la respuesta que había dado con el fin de eliminar la apreciación que había generado el reproche de la demandante. Lo anterior implica que la frase objeto de reparo ya no forma parte del dictamen pericial, por lo que el reparo no es procedente.

Expresa la convocante que en la pregunta 3.5 del cuestionario de CABG de aclaraciones y complementaciones al perito se le solicitó reemplazar los datos presentados en la tabla No. 8 *"Predios Adquiridos por Error"*, contenida del dictamen inicial, reemplazando los datos allí contenidos, únicamente por los que el perito y no el Interventor, así lo considerara. En su respuesta el perito nuevamente se refiere a la interventoría como "...una *fuente idónea...",* incorporando nuevamente y en el desarrollo de las solicitud de aclaraciones y complementaciones de la misma pregunta, el mismo juicio de valor.

En relación con este punto encuentra el Tribunal que en su respuesta el perito expresó:

> *"La información contenida en el informe de peritazgo inmobiliario, en particular la de la tabla número 8, fue extractada a partir de los datos proporcionados por el Interventor mediante oficio 01 -5378-2014 de fecha 30 de mayo de 2014, en donde se remite al perito la relación de predios adquiridos por parte del Concesionario, y que no eran requeridos para el proyecto. De esta manera se da cabal cumplimiento a lo requerido en la pregunta número 3 del cuestionario propuesto en el marco de Tribunal de Arbitramento, en el sentido de acoger una fuente idónea para tener elementos de juicio suficientes para contestar el requerimiento. En este caso el perito no puede obrar por su propio juicio, en materia de determinar las unidades prediales adquiridas por error. Asimismo, y como lo hemos informado anteriormente, el Perito Inmobiliario requirió a las partes y a la Interventoría sobre el particular, recibiendo respuesta únicamente de esta última entidad, y que fue la base para rendir nuestro informe."*

En este punto observa el Tribunal que el perito expresa que la información que suministra *"fue extractada a partir de los datos proporcionados por el Interventor"* y que acogió *"una fuente idónea para tener elementos de juicio suficientes para contestar el requerimiento"*. Así mismo señala que *"requirió a las partes y a la Interventoría sobre el particular, recibiendo respuesta únicamente de esta última entidad"*. En relación con este aspecto destaca el Tribunal que la demandante no indica ni demuestra que exista un error en la relación de los predios adquiridos por el Concesionario y que no eran requeridos para el proyecto. Lo que cuestiona la convocante es que dicha relación tenga como fuente la interventoría y no la opinión personal del perito. A este respecto debe observarse que para que proceda la objeción por error grave debe demostrarse el error y no simplemente señalar que el dictamen puede no ser confiable por la fuente de información utilizada. Por otra parte debe señalarse que no es posible aceptar como punto de partida que la información suministrada por un Interventor no es confiable, ni puede servir de fundamento a un trabajo pericial. Lo anterior por cuanto la función del interventor es asegurarse que se ejecute el contrato de acuerdo con lo contratado. Adicionalmente, el interventor es quien está en contacto permanente con la obra y por ello quien puede expresar lo que le consta del desarrollo de la misma, sin perjuicio de que se pueda demostrar que lo que el mismo indica es erróneo, lo que no sucede en este caso. No sobra además destacar que el perito cuyo dictamen se analiza fue designado como *"experto en avalúos prediales e inmobiliarios y de finca raíz"*, cuya experticia se refiere fundamentalmente a determinar el valor de los predios. Por consiguiente no procede el reparo formulado para acreditar la objeción por error grave.

Advierte la convocante que en el desarrollo de las aclaraciones y complementaciones solicitadas por la ANI, en la pregunta D numeral 1, el perito nuevamente recurre al mismo juicio de valor que ya había eliminado del dictamen inicial, afirmando que el origen es "...la firma *interventora Consorcio Interventor-Concesiones 2012 (CONCOL), por ser esta la entidad idónea y con autonomía para esclarecer dicha situación...*". Expresa entonces la convocante que el perito basó sus afirmaciones y sus análisis de manera exclusiva en una información proporcionada por la firma interventora, la cual no confrontó con la información de la concesión, ni procedió a verificar su certeza con otra fuente, al menos imparcial. Por tanto, sus conclusiones resultan ser subjetivas y alejadas de la necesaria objetividad que se le exige como auxiliar judicial.

A este respecto advierte el Tribunal que al perito en la solicitud de aclaraciones de la ANI se le pidió:

> *"1. Sírvase aclarar su respuesta indicando si, de acuerdo a su opinión experta, los predios identificados por la interventoría en comunicación 01 - 5378-2014 de fecha 30 de mayo de 2014 fueron los únicos que el Concesionario adquirió por error. En caso de que su respuesta sea negativa, sírvase indicar cuáles más han sido adquiridos por error. De ser este el caso, el perito complementará su peritaje extendiéndolo a estos predios."*

En relación con lo anterior el perito contestó:

> ***"R/.** Para conocer las unidades prediales que fueron adquiridas por error de la Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A, se procedió a solicitar esta información por parte del Perito Inmobiliario a la firma interventora Consorcio Interventoría – Concesiones 2012 (CONCOL),por ser esta la entidad idónea y con autonomía para esclarecer dicha situación.*
>
> *"Es así como el perito inmobiliario hizo el requerimiento mediante comunicación con número de radicado 5074 de fecha 27 de mayo de 2014. La respuesta a esta petición se efectuó por medio del oficio 01 -5378-2014 de mayo 30 de 2014.*
>
> *"Al respecto es de señalar que los predios identificados por parte de la interventoría en esta comunicación, son los únicos que fueron adquiridos por parte del concesionario y no eran requeridos para el desarrollo del proyecto, tal como el Interventor se lo hizo saber a la Agencia Nacional de Infraestructura mediante comunicaciones 01 -1562-2014 de febrero 14 de 2014 y 01 -2761 -2014 de marzo 19 de 2014."*

Sobre el particular advierte el Tribunal que la convocante no demuestra el yerro en que incurrió el perito, pues su crítica se concreta a la fuente de información

usada. Ahora bien, como ya se dijo, no es posible aceptar como principio que la información suministrada por un interventor es errónea a menos que ello se demuestre.

Expresa la convocante que el perito contesta a la pregunta número 3 del cuestionario inicial, basándose únicamente en la información suministrada por la Interventoría, sin hacer referencia alguna a la respuesta entregada por la Concesión respecto al mismo tema. Por lo anterior, agrega solicitó al perito complementar su respuesta y hacer referencia al pronunciamiento de la Concesión. En su respuesta, el perito de manera diligente cita la contestación que efectivamente había emitido la Concesión al respecto.

Señala la convocante que sin embargo, en el desarrollo de otra solicitud de aclaración relacionada con la misma pregunta número 3 del cuestionario inicial, el perito afirma que *"...requirió a las partes y a la interventoría sobre el particular, recibiendo respuesta únicamente de esta última entidad, y que fue la base para rendir nuestro informe."*. De esta manera, el perito omitió indicar que la Concesión sí dio respuesta a su solicitud y no únicamente la interventoría, lo que constituye una grave contradicción con su propio dicho, generando además consecuencias graves contra la Concesión.

En relación con lo anterior advierte el Tribunal que en las páginas 18 y 19 de sus aclaraciones al dictamen para la Concesión, el perito hizo referencia a las solicitudes que dirigió a la Interventoría, a la ANI y a la Concesión acerca de los predios que no se requerían para la ejecución del proyecto. Al respecto expresó:

> ***"3.2** Sírvase aclarar si así como le solicitó formalmente a la interventoría que le informara de aquellos predios que fueron adquiridos para el proyecto por "error", si esta solicitud se hizo llegar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot y la Agencia Nacional de Infraestructura. Si su respuesta es negativa, indicará las razones por las cuales no solicitó esta información a estas entidades.*
>
> ***"R/** La solicitud formal de la información acerca de los predios que según criterio técnico no se requerían para la ejecución del proyecto, se realizó a la Interventoría, mediante comunicación de fecha Mayo 23 de 2014, radicado interno de la firma interventora número 5074 de Mayo 27 de 2014, a la Concesión Autopista Girardot S.A. a través de oficio radicado el día 20 de noviembre de 2013, y a la ANI, mediante documento cuyo código de radicación es el número 2013- 409-046242-2 del 14 de noviembre de 2013.*
>
> *"Por su parte la Concesión respondió: "A la fecha ni la ANI ni las Interventorías externas del Proyecto, han requerido al Concesionario por concepto de predios adquiridos que no sean necesarios para el Proyecto" La*

ANI no respondió el requerimiento que realizamos y la Interventoría fue el único ente que se pronunció ampliamente sobre el particular".

De la respuesta del perito se desprende que solicitó información a las partes y a la interventoría para dar respuesta al cuestionario. La entidad estatal no le contestó, y por su parte, la Concesionaria le expresó que no había sido requerida por concepto de predios que no fueran necesarios para el proyecto. Como se puede apreciar, la Concesionaria no suministró claramente la información que requería el perito, sino que dio una respuesta indirecta: que no había sido requerida sobre el particular.

Si bien pudiera existir una inexactitud en la segunda respuesta del perito, en cuanto éste señala que sólo el interventor contestó, cuando la Concesionaria también dio respuesta a su solicitud, entiende el Tribunal que la manifestación del perito alude al hecho de que no se le suministró información precisa sobre el punto solicitado.

En todo caso es claro que dicha circunstancia en manera alguna demuestra que las conclusiones del perito son erróneas. Lo que está acreditado es que para dar sus respuestas el perito se fundó en la información del interventor, hecho que como ya se dijo no acredita la existencia de un error.

- ***"POR LA UTILIZACIÓN ACOMODATICIA DE TÉRMINOS QUE LLEVA A UNA EQUIVOCADA CONCLUSIÓN"***

Respecto al término "adquirido"

Señala la convocante que en el cuestionario inicial en la Pregunta N° 1, el Perito confunde el término "adquirido" con el registro de la escritura pública, que como bien lo describe "protocoliza" la compra de la unidad predial; por lo cual concluye en una cantidad de predios que según él "no se han adquirido".

Advierte la convocante que no es correcto denominar predios "No adquiridos" a aquellos predios que se encuentran "intervenidos", es decir, que se encuentran en proceso formal de protocolización de la Escritura de compra a nombre de la ANI. Lo anterior, afirma, porque la falta de protocolo de escrituración no puede dar lugar a que el perito los califique como "No adquiridos". Lo expuesto a su juicio denota del perito un desconocimiento de la dinámica del proceso de escrituración, el cual no depende de la gestión predial ni de la entidad ni del concesionario.

Por ello señala la convocante que la respuesta del perito conduce a una equivocada aproximación de las cifras reportadas, induciendo al error y a la suspicacia sobre una gestión predial que, como se evidencia, se ajustó a lo determinado por la norma.

Sobre este aspecto considera el Tribunal lo siguiente:

De conformidad con el artículo 756 del Código Civil *"la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos"*, por lo que es claro que en estricto derecho un predio es adquirido cuando quiera que el mismo ha sido transferido por la inscripción del título respectivo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Ahora bien, puede suceder que en un contrato determinado la expresión "adquirido" pueda recibir otro significado, pero es evidente que en tal caso el problema es de interpretación jurídica del texto contractual, lo cual corresponde al Tribunal y no al perito, por lo cual es claro que la objeción no procede.

Señala la demandante que en la pregunta N° 3 del cuestionario inicial, el perito califica la compra de algunos de los predios como "errores" cuando estos fueron adquiridos en circunstancias de tiempo que lo ameritaban. Agrega que la cláusula 37 del contrato modificada por el Otrosí N° 4 en su parágrafo primero determina claramente cuáles son los errores que se pueden atribuir en la compra de predios. Por ello afirma que la interpretación acomodaticia de la palabra "error" por parte del perito, conduce a determinar una cantidad de predios comprados y calificados equivocadamente como "comprados por error" en contravía de la misma disposición contractual antes trascrita.

En relación con este aspecto advierte el Tribunal que el reparo formulado al perito obedece a la interpretación que hace la demandante de una cláusula contractual, aspecto que por su naturaleza jurídica excede el campo de acción del perito. Por consiguiente, si en esta materia existe algún yerro, el mismo no constituye un error grave, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior sin perjuicio de que en su momento el Tribunal determine el alcance que debe dar a las disposiciones contractuales citadas por la demandante.

Respecto a la afirmación *"Como resultado de la ejecución de las obras de infraestructura vial"*.

Señala la demandante que en la pregunta N° 5 del cuestionario inicial se solicitó al perito establecer *"el valor de los predios que hayan sufrido daños o averías*

producto de errores en el proceso *constructivo de la* Concesión *Autopista Bogotá Girardot SA, en la ejecución"* de las obras.

Agrega que en la respuesta a la pregunta N° 5 del cuestionario inicial el perito establece "*que para determinar el valor de* los *inmuebles que sufrieron algún tipo de daño o avería* como *resultado de la ejecución de las obras de infraestructura vial, fue necesario adelantar un proceso de avalúo masivo en el sector de Balcones de Sumapaz."*

Señala la demandante que el perito comete un error grave, toda vez, que confunde la pregunta formulada en la que se refiere a daños o averías producto de errores en el proceso constructivo con daños o averías como resultado de la ejecución de las obras de infraestructura vial. En consecuencia, el fundamento de su respuesta también es erróneo por cuanto afirma *" determinar* el valor de los *inmuebles que sufrieron algún tipo de daño o avería como resultado de la ejecución de las obras de* infraestructura *vial".* Por lo anterior, expresa que es evidente que la respuesta no tiene ninguna pertinencia con lo solicitado en la pregunta formulada.

Agrega que el perito se atreve a calificar "*Errores en los procesos constructivos*" sin siquiera describirlos o fundamentarlos, lo anterior, denota irresponsabilidad y ligereza, pero también agrega que si se pronunciara sobre la descripción de los errores, ahondaría en su error.

Sobre este aspecto advierte el Tribunal que el dictamen pericial se remite a los conceptos emitidos en el dictamen técnico que se decretó en este proceso y a tal efecto transcribe diversos apartes de dicho dictamen, en el cual se señala:

> *"De la inspección visual realizada por el Perito al conjunto Balcones de Sumapaz, y de la lectura de los informes especializados que resumen las conclusiones de estudios geotécnicos realizados en el sitio se concluye que el sitio denominado Balcones de Sumapaz Bajo se encontraba en un equilibrio precario, o por lo menos el talud contra el corredor del Proyecto, sobretodo acentuado por los deficientes drenajes del área y las fugas de piscinas y alcantarillados, pero principalmente por el crudo invierno que coincidió con la época de la construcción de la doble calzada en esta zona.*
>
> *"La inestabilidad que desencadenó la excavación de la pata del talud, que no ha sido un factor detonante de la inestabilidad sino contribuyente según los consultores que en su momento estudiaron en detalle esta problemática, se hubiera podido mitigar, (de haber conocido el equilibrio precario con que el invierno mantenía la zona en equilibrio inestable) concibiendo el terraplén*

de contrapeso desde el primer momento y limitando las profundidades de excavación al mínimo posible para dar cabida a la subrasante de la calzada en construcción.

"De cualquier manera, el Concesionario ha aceptado que la obra tiene una influencia indiscutible en lo acontecido, ha estudiado el tema con estudios especializados y según entendemos ha indemnizado a algunos de los propietarios que se vieron afectados con el desplome de las casas adyacentes al talud."

Con base en el concepto del perito técnico y el examen realizado por el perito predial, este último señala "*se puede afirmar que la totalidad de las unidades prediales que hacen parte del Conjunto Balcones de Sumapaz, se vieron afectadas y presentan riesgo geotécnico, como bien se puede apreciar en el registro fotográfico. Independientemente de la causa que pudo haber generado esta situación, la cual no es motivo de análisis en el presente documento, se observa un detrimento en la calidad tanto de las construcciones, como de los terrenos del condominio.*"

A la luz de lo expuesto es claro para el Tribunal que no se ha demostrado que el perito haya incurrido en un error grave, pues el mismo se limita a referirse a la opinión del perito técnico y hacer un avalúo de los predios afectados, "*Independientemente de la causa que pudo haber generado esta situación, la cual no es motivo de análisis en el presente documento*".

- ***"TEMA DE AVALÚOS - UTILIZACIÓN DE UN SISTEMA DE AVALÚOS AJENO AL CONTRATO Y POR "ERRORES" EN LOS RESULTADOS DE DICHOS AVALÚOS"***

Se refiere la convocante a la respuesta a la Pregunta No. 1 del cuestionario inicial presentado por la ANI en la cual el perito señala que ha "*habido incremento en las unidades prediales cuyo avalúo comercial la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. realizó para la adquisición predial*".

A tal efecto, la apoderada se refiere a las actividades que se deben realizar en el proceso de avalúos, así como al Decreto 1420/98 y al Decreto 2150 de 1995 que establece que el valor comercial se determinará teniendo en cuenta la reglamentación al momento de la oferta de compra, y señala que una vez revisada la respuesta del perito a la pregunta 1 del cuestionario inicial se puede observar que el procedimiento de avalúos utilizado por el perito CACERES & FERRO no fue el que se determina en los parámetros legales, es decir, el perito no realizó ninguna actividad avaluadora de acuerdo a los parámetros técnicos

que permitieran sustentar la oferta formal de compra. Lo anterior por las siguientes razones:

a) El perito no contempló el contexto y la dinámica de un proceso de adquisición predial, denominando equivocadamente por ejemplo como predios "no adquiridos" a los predios que se encontraban en proceso formal de Protocolización de la Escritura de compra a nombre de la entidad, induciendo evidentemente a un error por la aproximación errada de las cifras reportadas por el perito.

b) El perito desconoce la dinámica de lo dispuesto en el Artículo 19 del Decreto 1420 de 1998, al afirmar que se tienen avalúos vencidos al momento de la escrituración.

En relación con las dos objeciones formuladas por el demandante advierte el Tribunal, en primer lugar, que como ya se vio, legalmente un predio adquirido es aquel que ha ingresado al patrimonio de quien lo adquiere, lo cual en el derecho colombiano requiere la tradición por medio de la inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos. Ahora bien, si en el contexto de las labores previstas en el contrato la expresión debiera tener un significado distinto, es claro que en tal caso se trata de un problema de interpretación del contrato que excede la labor del perito. En este contexto no hay error grave.

Por otra parte en cuanto a la vigencia de los avalúos se aprecia que el perito hizo referencia al artículo 2°, numeral 7, del Decreto 422 de 2000 que dispone:

> ***"ARTÍCULO 2°-****Contenido mínimo del informe de avalúo. En desarrollo de los criterios consagrados en el artículo 1° del presente decreto, los avalúos deberán incluir al menos los siguientes elementos.*
>
> *"1. Indicación de la clase de avalúo que se realiza y la justificación de por qué es el apropiado para el propósito pretendido.*
> *"2. Explicación de la metodología utilizada.*
> *"3. Identificación y descripción de los bienes o derechos avaluados, precisando la cantidad y estado o calidad de sus componentes.*
> *"4. Los valores de referencia o unitarios que se utilicen y sus fuentes.*
> *"5. Las cantidades de que se compone el bien o derecho valorado, que se utilizaron para realizar los cálculos.*
> *"6. El valor resultante del avalúo.*
> *"7. La vigencia del avalúo, que no podrá ser inferior a un año."*

Por otro lado la convocante se remite al Decreto 2150 de 1995 y al artículo 19 del Decreto 1420 de 1998 que dispone:

> ***"Artículo 19°.-*** *Los avalúos tendrán una vigencia de un (1) año, contados desde la fecha de su expedición o desde aquella en que se decidió la revisión o impugnación."*

Ahora bien, para el Tribunal es claro que de acuerdo con los preceptos a los que se ha hecho referencia, el avalúo tiene vigencia de un año desde su expedición o desde la fecha en que se decidió su revisión o impugnación, y esta vigencia debe ser indicada en el avalúo. Ahora bien, determinar qué es lo que debe ocurrir dentro de dicho período para que se entienda que el avalúo fue usado oportunamente, esto es si debe hacerse la oferta de compra, otorgarse la escritura o registrarse la misma, es un problema jurídico que excede el campo de acción del perito. Por consiguiente, considera el Tribunal que no existe el error grave denunciado, sin perjuicio del análisis que en su momento deberá hacer el Tribunal sobre si existió o no vencimiento de los avalúos.

- ***"POR HACER O REALIZAR ANÁLISIS CONCLUSIONES DE OTRAS DISCIPLINAS AJENAS A LA PRUEBAS Y A SU CONOCIMIENTO"***

Señala la demandante que el perito en avalúos prediales realizó análisis y conclusiones que corresponden a otras disciplinas, ajenas a la prueba y a su conocimiento científico, que llevaron a conclusiones equivocadas en materia predial.

A tal efecto se refiere a la pregunta 3 del cuestionario inicial en la que se solicitó al perito establecer el valor de los predios que hayan sido adquiridos para el proyecto vial Bosa-Granada-Girardot por error de la Concesión Autopista Bogotá Girardot SA, al no ser necesarios para el proyecto; si el valor de tales predios fue adquirido con los recursos de la subcuenta de predios del fideicomiso que administra los recursos de este proyecto y si ese valor fue o no reembolsado por la Agencia Nacional de Infraestructura.

Señala la convocante que el perito interpreta a su acomodo la respuesta, realizando una interpretación jurídica a la Cláusula 37 en el sentido de establecer que la responsabilidad en la adquisición predial en cuanto a la correcta identificación de las unidades prediales recae exclusivamente en el concesionario lo que definitivamente no estipula la norma contractual.

Agrega que el perito afirma que el concesionario tiene la obligación de devolver aquellos recursos correspondientes a mayores costos generados en la gestión

predial, determinando el perito a su entender que el valor de los predios que no eran necesarios para la ejecución del proyecto corresponde a mayores costos.

Expresa que en la respuesta a la pregunta N° 5 del cuestionario inicial, el perito a través de registros fotográficos (sin análisis técnico alguno, sin prueba técnica suficiente) concluye que la construcción del proyecto vial ocasionó daños estructurales a las viviendas del conjunto Balcones del Sumapaz. Señala la Convocante que el perito expone conclusiones ajenas a su disciplina de perito técnico en avalúos prediales por cuanto asume la posición de perito técnico en ingeniería para determinar con base en una fotografía la existencia de unos daños y la imputabilidad a la Concesión de estos.

Sobre el particular considera el Tribunal que los errores en que pudo incurrir el perito en la interpretación de las cláusulas contractuales no constituye un error grave, en la medida en que los aspectos jurídicos escapan a la materia que corresponde al dictamen.

Por otra parte, si se examina la respuesta que dio el perito en relación con las viviendas del conjunto Balcones de Sumapaz se advierte que el perito predial parte de las consideraciones del perito técnico en ingeniería y del examen que hizo, sin que se haya demostrado que en tales consideraciones existe un error grave. Por consiguiente, no está demostrado un error grave. Lo anterior sin perjuicio de la apreciación que en su momento debe hacer el Tribunal de dichas consideraciones.

- ***"POR ERRORES EN LAS AFIRMACIONES QUE RESULTAN INVOCADAS-AFIRMACIONES TÉCNICAS"***

Respecto a la definición de "SABANA PREDIAL".

Señala la convocante que el perito experto en avalúos prediales define la Sabana Predial como un listado de predios, que entre otras, se utiliza para gestionar los pagos correspondientes a la compra de predios y que este archivo se envía a la ANI, la Interventoría y la Fiduciaria. A tal efecto expresa la convocante que el perito incurre en dos yerros, i) la sabana predial no desarrolla ninguna función dentro del proceso de gestionar los pagos correspondientes a la compra de predios y ii) en ninguna etapa del proceso de adquisición predial, la Sabana predial es remitida a la Fiduciaria.

Agrega que se solicitó al perito aclarar cuál es la función de la Sabana Predial dentro del proceso de gestionar los pagos correspondientes a la compra de predios y como se remitía este documento a la Fiduciaria, a lo que contestó que

se trata de una nueva pregunta, sin embargo contesta, sustituyendo la definición, pero sin aclarar que la Sabana Predial no es un documento que haga parte del proceso de gestionar los pagos correspondientes a la compra de predios ni que está en ningún momento se remite a la fiducia.

Señala que el perito desconoce los documentos contractuales y en especial al Otrosí No. 17 del 29 de abril de 2008.

Al respecto advierte el Tribunal que en sus aclaraciones a la solicitud de la Concesión (página 9ª) el perito señaló que *"No es competencia del Perito Inmobiliario determinar la función que cumple la sábana predial en el proceso de gestión de los pagos correspondientes a la compra de predios."* Así mismo, cambió su definición de sabana predial. Por consiguiente, considera el Tribunal que no hay en el dictamen el error que denuncia la convocante.

Respecto los diseños elaborados por Ingetec - Bateman - PIV.

Señala la demandante, que el perito se refiere a los diseños elaborados por Ingetec - Bateman - PIV, como unos diseños Fase III, y agrega que el perito desconoce que este texto fue corregido por el perito técnico quien finalmente indicó que se trataban de diseños Fase II. Aunque se le solicitó al perito predial hacer la corrección, el perito hace caso omiso a la solicitud y no revisa el documento de aclaraciones y complementaciones del dictamen técnico, sino que procede (nuevamente abrogándose funciones periciales que no tiene, que además son ajenas a su experticia) a calificar dichos diseños.

En relación con este punto observa el Tribunal que el perito en su informe al señalar que los diseños eran fase III se refirió al dictamen técnico y en sus aclaraciones no consideró pertinente corregir su afirmación, porque era una transcripción del dictamen técnico.

Desde esta perspectiva considera el Tribunal que la determinación del nivel al cual corresponden los diseños es un asunto técnico que le correspondía al dictamen técnico quien en sus aclaraciones precisó que los diseños eran Fase II. Por ello el perito predial se limita a citar la información que le fue suministrada en el informe técnico, pero no hace un juicio propio. En esta medida no existe un error grave.

- ***"POR FUNDAMENTAR UN SUPUESTO EJERCICIO EN LA EJECUCIÓN DE UNOS ANÁLISIS Y TÉCNICAS INEXISTENTES"***

Se refiere la demandante a la pregunta N° 4 del cuestionario inicial en la cual se solicita al perito "*indicar, una vez los haya identificado, el valor de los predios que hayan sido adquiridos para el proyecto vial Bosa-Granada-Girardot que correspondan a cambios en el diseño geométrico propuesto por la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., adquiridos con los recursos de la subcuenta de predios del fideicomiso que administra los recursos de este proyecto, y si su valor fue o no reembolsado por el INCO y en que monto.*"

Señala la convocante que una vez revisada la metodología utilizada por el Perito Predial para la identificación de los predios que corresponden a cambios en el diseño geométrico, encuentra que el ejercicio presentado por el perito no corresponde a un tramo de calzada construido en la realidad ni está asociado a una abscisa específica, solo es un ejercicio ilustrativo que presenta una cantidad de posibilidades que se hubiesen podido presentar en la realidad a lo largo de vía construida. Por ello señala que *"en los archivos SIG O SAHPES entregados por el perito no se presenta la información necesaria para realizar una comparación de número de predios adquiridos"* por razón de los diseños preliminares 2005 Vs. Predios y 2013 Vs. Predios. Agrega que en la información suministrada por el perito, *"se puede constatar que ésta no presenta las capas o shapes files correspondientes a la vía existente, al diseño vial 2013, de predios afectados con el diseño de 2005 y/o 2013, que es la información necesaria para realizar el análisis gráfico de los predios, en un programa de SIG, razón por la cual el análisis no cuenta con el detalle apropiado para determinar de forma clara la cantidad de predios adquiridos (Más o Menos) relacionados con los cambios en el diseño 2005 Vs. 2013".*

Agrega que la información contenida en el CD en el software ARCGIS presenta una serie de anomalías de carácter técnico. Advierte, adicionalmente, que el perito en el análisis SIG, utilizó en algunos tramos el borde de la vía como límite para los linderos del proyecto vial, sin tener en cuenta la línea de chaflán, por lo que no debió ser usado para calcular las áreas de afectación predial. En consecuencia afirma que el perito comete un error grave y por lo tanto no es posible conocer cómo se calcularon los predios afectados por cambios en el diseño geométrico 2005 vs 2013 en algunos tramos del proyecto vial, como en el trayecto 5, trayecto 7, trayecto 8 y trayecto 9.

Señala así mismo la convocante que la metodología utilizada para la realizar los avalúos carece de sustento técnico, toda vez, que los avalúos corresponden a una cotización comercial del año 2014 sobre unos predios que se encuentran en su totalidad intervenidos; ofertados de acuerdo a lo establecido por la norma para la enajenación voluntaria de un predio de interés nacional.

Agrega la convocante que el perito no desglosa de manera clara y cierta los predios identificados por cambios de diseño con relación a los predios inicialmente reportados como necesarios para el proyecto original presentado por el concesionario. Señala que entiende que estos hacen parte de los 1697 predios inventariados inicialmente, por lo tanto el valor obtenido por el perito de $137,000,000.000 englobaría el costo total de los predios. Por lo anterior advierte que si así fuere dicha suma no correspondería entonces a un costo adicional por cuanto dichos costos ya fueron incluidos dentro del valor predial y no representan el valor adicional por cambios de diseño. En consecuencia, la conclusión del perito resulta falaz.

Agrega que el perito distorsiona la información general del informe haciendo nuevos avalúos, toda vez que la gestión adelantada por el Concesionario contiene los avalúos que acompañaron la oferta de compra los cuales son un claro referente de valor real pagado, por lo tanto es redundante, innecesaria e inútil. Destaca que el ejercicio realizado por el perito no aporta nada diferente a la pregunta, solo genera confusión sobre los valores prediales y la búsqueda de certeza pretendida por el Tribunal.

En relación con lo anterior el Tribunal encuentra que la demandante no demuestra que exista un error grave en el dictamen predial, lo que cuestiona es la forma como el mismo procede para llegar a sus conclusiones, sin demostrar que las mismas son equivocadas. Por consiguiente, considera el Tribunal que no se ha probado el error grave, sin perjuicio de que las circunstancias anotadas sean analizadas por el Tribunal al momento de fallar. Lo anterior sin perjuicio del análisis que debe hacer el Tribunal al pronunciarse concretamente sobre la materia a la que se refiere el pronunciamiento del perito.

- ***"POR INDUCIR EN ERROR AL FALLADOR, ESTABLECIENDO RELACIONES INEXISTENTES."***

Señala la demandante que en la pregunta 4 del cuestionario inicial al perito se le solicita -entre otras- identificar los predios que hayan sido adquiridos para el proyecto que correspondan a cambios en el diseño geométrico propuesto por la Concesión y cuantificar el valor de los mismos. Pese a la claridad de la pregunta, señala la convocante que el perito inicia su respuesta afirmando erróneamente que "...de *conformidad con la cláusula 37 del contrato número CG-40-04 (sic) de julio 1 de 2004, por el cual se otorga en concesión el diseño, la construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento del* proyecto *vial Bosa-Granada-Girardot, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A, se establece que estos reembolsos los debe hacer el Concesionario..,"* Advierte la convocante que esta afirmación no

tiene sustento alguno, puesto que no es cierto que la cláusula 37 ni sus modificaciones, determinen lo dicho por el perito. Señala entonces que el perito estableció una relación entre la cláusula 37 y el Otrosí No. 17 que considera equivocada y destaca que las dos normas contractuales no incorporan dentro de la definición de error el derivado de los cambios en los diseños. Por lo anterior señala la convocante que la afirmación del perito no solo resulta ajena a su experticia, por cuanto debe responder a un análisis jurídico sistemático de las normas contractuales que regulan el tema, sino que también resulta manifiestamente contraria a sus textos.

Al respecto considera el Tribunal que el reparo que se le formula al trabajo pericial se funda en lo que se considera es un equivocado entendimiento del contrato por parte del perito. Desde esta perspectiva considera el Tribunal que lo que podría existir es un error jurídico, lo que no puede constituir un error grave pues el análisis jurídico no corresponde al perito.

- ***"POR RESPONDER CON AFIRMACIONES JURÍDICAS QUE SON AJENAS A SU DISCIPLINA."***

Señala la demandante que el perito incurrió en un error grave al incluir en su escrito valoraciones subjetivas que carecen de todo fundamento técnico. A tal efecto hace referencia a una serie de afirmaciones jurídicas realizadas por el perito que indica la convocante son ajenas a su disciplina y a la respuesta a la Pregunta N° 3 del cuestionario inicial en la cual se solicita "*establecer, una vez los haya identificado, el valor de los predios que hayan sido adquiridos para el proyecto vial Bosa-Granada-Girardot por error de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S A, al no ser necesarios para el proyecto. Sírvase establecer si el valor de tales predios fue adquirido con los recursos de la subcuenta de predios del fideicomiso que administra los recursos de este proyecto y si ese valor fue o no reembolsado por la Agenda Nacional de Infraestructura y en qué momento*". Expresa la convocante que el perito contestó que en el texto de la pregunta se hace referencia a que la Agencia Nacional de Infraestructura es la entidad que procede a efectuar el reembolso de los recursos de los predios adquiridos por error y que ello no corresponde a la realidad, ya que, de conformidad con la cláusula 37 del contrato número GG-040-04 de Julio 1 de 2004 estos reembolsos los debe hacer el Concesionario.

Considera el Tribunal que no se ha acreditado el error grave, porque se trata de una crítica al análisis jurídico del perito, el cual no forma parte de su función, por lo que no hay allí error grave.

- ***"POR ERRORES METODOLÓGICOS EN LOS SUSPUESTOS EN LA COMPARACIÓN DE LOS VALORES Y LA REALIDAD DE LA FICHA PREDIAL - EN LA PREGUNTA N° 1."***

Señala la convocante que si bien la respuesta que presenta el perito se ajusta de manera conceptual al marco de la definición de adquisición predial, dicha respuesta no contempla el contexto y dinámica de un proceso de adquisición predial toda vez que los predios que se presentan como "No adquiridos" se encuentran actualmente (y al momento de la pericia) intervenidos; por lo tanto, disponibles para el desarrollo del objeto principal del contrato de obra. Señala que la falta del protocolo de escrituración no puede dar lugar al mal calificativo técnico de predios no adquiridos, como de manera acomodada lo manifiesta el perito a la hora de concluir su informe; conclusión que induce a un error grave en cuanto que distorsiona la realidad sesgando la objetividad pretendida y exigida en un perito, que en el caso concreto se aparta de su condición de imparcialidad y objetividad técnica que le debe caracterizar.

En relación con este aspecto considera el Tribunal que la crítica de la convocante al trabajo del perito se refiere a la noción de predios no adquiridos. Como ya se ha indicado, desde el punto de vista jurídico la noción de predios no adquiridos corresponde al análisis del perito. Ahora bien, determinar si dicha noción no es aplicable en el presente caso, es un problema jurídico que excede el marco de acción del perito. Por consiguiente concluye el Tribunal que no existe error grave.

Así mismo se refiere la convocante a los predios catalogados como "adquiridos con avalúos vencidos", y señala que dicha categoría es irrelevante e inapropiada, en cuanto que se está desconociendo la dinámica propia de la adquisición predial. Agrega que el concesionario si se ajustó al alcance de sus obligaciones contractuales exigidos en artículo 37 del contrato de Concesión GG-040-2004 y las normas concordantes para la adquisición predial a nombre de la Entidad. Agrega que afirmar que se tienen avalúos vencidos al momento de la escrituración es desconocer la dinámica de lo dispuesto en el Artículo 19° del Decreto 1420 de 1998, en sentido que su "vencimiento" no afecta de ninguna manera el valor del predio o de la mejora consignado en el avalúo, el cual fue elaborado de acuerdo con lo dispuesto por la norma, avalúo que fue debidamente notificado de manera integral en la oferta de compra y aceptado por el propietario.

Agrega que la respuesta se extralimita en su competencia técnica, faltando al rigor en sus conclusiones, cifras y valores reportados en las tablas de avalúos que presentan en el informe de noviembre de 2014, en el sentido que en un número importante de predios que se reportan por el perito presentan valores

con avalúos inferiores a los valores elaborados por el Concesionario, aspecto que por la gravedad de la afirmación amerita análisis.

Afirma que el perito predial incurre en falta de rigor al aplicar una técnica espuria que no se ajusta al rigor avaluador, construyendo sobre la misma, de manera artificiosa, valores para ciertos predios, ejercicio que realiza para concluir que, a la fecha de emisión de su pericia, encontró valores menores a los valores reportados por la Concesión.

Señala que revisado el concepto del perito predial, se puede concluir que falta a la verdad en sus conclusiones, si se considera que ninguna de las variaciones de los índices IPC de los últimos 5 años ha presentado una negativa que permita medianamente aseverar que hoy en el caso particular, solo aplicando la mera indexación, se tengan comparativamente menores valores en los avalúos, como de manera artificiosa se concluye.

Agrega que si bien el ejercicio matemático de indexación que realiza el perito se ajusta en algunos casos, no se puede decir lo mismo del valor que este determina y concluye con relación al precio del terreno, en el sentido de que verificado en campo el precio de terreno para cada uno de los sectores en cuestión ninguno presenta una variación de precio negativa como lo afirma el perito sustentado en las presuntas condiciones del mercado, desconociendo las variaciones del IPC. Expresa que la dinámica natural del mercado es al alza, es decir que la variación del mercado es positiva presentando una importante valorización de los terrenos en estos sectores.

Afirma que del total de los avalúos practicados por el perito para los predios "no adquiridos" (Tabla 1 del informe presentado por el Perito Predial), se tienen 66 predios con avalúos inferiores a los practicados por la Concesión, que presentan un valor de 7.254 millones menos.

Señala que haciendo una relación porcentual de las cifras se encuentran los siguientes resultados:

• Un porcentaje del 22.78% inferior al avalúo realizado por la Concesión, para 66 predios.
• Un porcentaje del 152.50% mayor al avalúo realizado por la Concesión para los restante 293 predios.

Expresa la convocante que los anteriores porcentajes no guardan ninguna relación con los incrementos normales del IPC, por lo que se infiere que estos avalúos tienen incluidos los costos asociados a la plusvalía generada por el

proyecto, noción meramente subjetiva del perito, pero sin soporte en las normas y prácticas del sistema de avalúos prediales para el Estado.

De otra parte señala que el análisis de dicha información muestra una gran dispersión en la disminución y aumento de los valores de los avalúos practicados por el perito predial, encontrándose disminuciones en 0.5% al 98% y aumentos en rango del 0.2% al 1159.5%.

Por lo anterior, sostiene, no es concluyente ni objetivo afirmar que existe una diferencia aproximada de $ 40.000.000.000 en los mal llamados predios con avalúo vencido y no adquiridos.

Agrega que es importante precisar que no se puede evidenciar ninguna demanda de reclamación que haya sido presentada por los propietarios en donde se manifieste una lesión enorme por diferencias en los valores prediales reconocidos en los avalúos elaborados por parte del Concesionario como lo quiere hacer aparecer el perito predial.

Por lo anterior considera la convocante está demostrado el error grave puesto que sin mayores análisis emerge el yerro enunciado, el cual además fue de una entidad suficiente para modificar las conclusiones a las que llegó el experto, según lo establecido en el numeral 4" del art. 238 del C. de P. C.

Para demostrar el error acompaña una experticia, en la cual el experto hace las mismas reflexiones que realiza la apoderada sobre los avalúos realizados por el perito Cáceres y Ferro de la siguiente forma:

> *"Frente a lo anterior manifestamos que si bien el ejercicio matemático de indexación que realiza el perito se ajusta en algunos caso(sic), no podemos decir lo mismo del valor que este determina y concluye con relación al precio del terreno, en el sentido que verificado en campo el precio de terreno para cada uno de los sectores en cuestión ninguno presenta una variación de precio negativa como lo afirma el perito sustentado en las presuntas condiciones del mercado desconociendo las variaciones del IPC, por lo contrario nuestra verificación afirma y corrobora que la dinámica natural del mercado es al alza, es decir que la variación del mercado es positiva presentando una importante valorización de los terrenos en estos sectores.*
>
> *"Igualmente, del total de los avalúos practicados por el perito para los predios "no adquiridos" (Tabla 1 del informe presentado por el Perito Predial), se tienen 66 predios con avalúos inferiores a los practicados por la Concesión, que presentan un valor de 7.254 millones menos.*

"Los restantes 293 avalúos de predios se incrementaron en un valor de 45.327 millones de pesos. Haciendo una relación porcentual de las cifras encontramos los siguientes resultados:

"• Un porcentaje del 22.78% inferior al avaluó (sic) realizado por la Concesión, para 66 predios.

"• Un porcentaje del 152.50% mayor al avaluó (sic) realizado por la concesión para los restante 293 predios.

"Los anteriores valores se pueden verificar en el anexo No. 2 del presente informe, tablas comparativas de Avalúos de Cáceres y Ferro Vs. CABG.

"Los anteriores porcentajes no guardan ninguna relación con los incrementos normales del IPC, por lo que se infiere que estos avalúos tienen incluido los costos asociados a la plusvalía generada por el proyecto.

"Con base en los resultados del informe del Perito Predial se concluye que hubo un aumento del 66% del valor de los avalúos realizados por la Concesión; cifra que no guarda ningún tipo de relación con los incrementos normales del IPC o los valores Comerciales de los predios en cuestión.

"De otra parte el análisis de dicha información muestra una gran dispersión en la disminución y aumento de los valores de los avalúos practicados por el perito predial, encantándose disminuciones en 0.5% al 98% y aumentos en rango del 0.2% al 1159.5%.; en las siguientes gráficas se muestra claramente las disección de los valores anteriormente mencionados.

"...
"Por lo anterior no es concluyante (sic) ni objetivo afirmar que existe una diferencia aproximada de $ 40.000.000.000 en los mal llamados predios con avaluó vencido y no adquiridos.

Por otra parte revisada la información puesta para nuestro estudio y peritaje técnico no pudimos encontrar ninguna demanda de reclamación que haya sido presentada por los propietarios en donde se manifieste una lesión enorme por diferencias en los valores prediales reconocidos en los avalúos elaborados por parte del Concesionario como lo quiere hacer aparecer Cáceres y Ferro".

En relación con lo anterior lo primero que observa el Tribunal es que en el experticio que se acompañó al escrito de objeciones no se incluyó ningún avalúo particular de los bienes que el perito predial realizó que permitiera concluir que los mismos son claramente errados. Lo que hace el experto es realizar un análisis matemático del conjunto de resultados del perito predial para concluir

que los mismos muestran una gran dispersión y que no guarda relación con el comportamiento del IPC o de los valores comerciales de los predios (los que tampoco acredita). Así las cosas, de la prueba aportada no puede concluir el Tribunal que esté acreditado el error grave.

5. LAS EXPERTICIAS DE PARTE

En el presente proceso se presentaron varias experticias de parte y en torno a ellas se han presentado controversias sobre su admisibilidad y valor probatorio, las cuales procede el Tribunal a decidir a continuación:

Posición de la parte demandante

La parte demandante señala que el Tribunal decretó las experticias elaboradas por CONCOL y BANICOL, sobre las cuales hace los siguientes planteamientos:

En cuanto se refiere a la pericia de CONCOL expresó la Convocante que el experto es el interventor del contrato, tal y como lo reconoció el representante legal en su testimonio realizado el 17 de enero de 2014. Por lo anterior señala que *"la supuesta pericia no reúne los requisitos que la prueba pericial de parte exige a la luz del artículo 116 de la Ley 1395 del 2010, en consonancia con las normas del Código de Procedimiento Civil y deberá ser valorada como un documento más aportado por la ANI"*.

Por otra parte se refiere a la experticia de BANICOL y señala que en su declaración el socio principal de dicha sociedad, informó su relación con la ANI como asesor y señaló que habían suscrito con la ANI dos contratos. Agrega que en la exhibición judicial a la ANI del Tribunal 2, pruebas todas ellas trasladas, se recaudó el folder de este contratista encontrando que BANICOL celebró dos contratos distintos de asesoría. El primero INTERVENTORIA-SEA-258 del 09/05/2011, para el *"Acompañamiento al Instituto Nacional de Concesiones en los análisis financieros relacionados con los Contratos de Concesión de los Proyectos Bogotá-Girardot y Zipaquirá-Palenque, de conformidad con lo establecido en los Estudios Previos, el Pliego de Condiciones y los documentos que forman parte integral de los mismos"*. En sus estudios previos (ver folio 1 del folder aportado en exhibición) se lee: *"La subgerencia de Estructuración y Adjudicación requiere de la asesoría financiera de una firma especializada para el acompañamiento al apoderado del INCO ante el mencionado Tribunal de Arbitramento. El Consultor deberá participar como perito experto en el mencionado Tribunal de Arbitramento y deberá aportar el soporte en los aspectos financieros necesarios en la negociación."*

Igualmente se celebró el Contrato GG-373 del 20/12/2011 por el cual *"El CONTRATISTA se obliga para con la Agencia nacional de Infraestructura a prestar sus servicios de Acompañamiento en los procesos de valoración de las posibles alternativas y escenarios que se formulen, respecto a los impactos financieros de la reprogramación y/o disminución de las obras del proyecto Bosa-Granada –Girardot, que es materia del Contrato de Concesión GG-040 de 2004 y apoyar el diseño y estructuración financiera de las estrategias que permitan crear incentivos adecuados para el cumplimiento de los acuerdos que se puedan llegar a concretar en el marco de la negociación de una posible transacción, conciliación o acuerdo que conduzcan a promover y garantizar la formalización de la obra objeto del contrato de concesión, (...)".*

Agrega que en audiencia, BANICOL, en virtud del interrogatorio realizado por la convocante y no como le correspondía informó al Tribunal sobre su relación con una de las partes, confesó sus contratos diversos con la ANI así como las razones de dichos contratos, sus recomendaciones a la ANI (ordenar disminuciones de ingresos y de retenciones para disminuir el valor intrínseco de CABG con miras a una venta a un inversionista, por ejemplo). Sin embargo omitió informar al Tribunal que había participado en la elaboración de la demanda de reconvención reformada en conjunto con la interventoría y los apoderados de la ANI. Señala entonces que obra en el Cuadernillo Principal #11 del expediente (folios 7 a 31), un memorial suscrito por el Doctor Fernando Escallón Morales donde solicita al Honorable Tribunal la regulación de sus honorarios. En su página 10, folio 16 del expediente, numeral 28 informó el memorialista que:*"28. La nueva **demanda de convocatoria fue fruto de largas jornadas de trabajo con los responsables de la parte técnica, financiera y de predios de la ANI, así como sus asesores externos, Banicol Ltda y de nuestro grupo de trabajo. Así se construyó la nueva demanda con todas las pruebas y anexos** la cual fue remitida al Doctor Oscar Ibáñez para su consideración. Esa demanda fue igualmente presentada y considerada ante el Comité de Conciliación de la ANI."*

Por lo anterior afirma que de esta manera se construyó entonces la demanda de reconvención reformada presentada por la ANI, en conjunto con BANICOL quien elaboró la supuesta pericia de parte, la que ha quedado probado, resultó una construcción de una prueba, en conjunto con el apoderado y los funcionarios de la ANI.

Por lo anterior concluye que no puede el Tribunal entrar a considerar a Banicol como peritos cuando en la realidad han fungido como asesores de la ANI. Sus documentos deben considerarse entonces como la posición de la Entidad

convocada y su actuación procesal en conjunto con la ANI, debe ser evaluada con el debido rigor que corresponde.

Consideraciones del Tribunal

En materia de pruebas el principio que rige el tránsito de legislación consiste en que las mismas se sujetan a la ley vigente cuando se decretan. Así lo establecía el Código de Procedimiento Civil, que dispuso en su artículo 699 lo siguiente:

> *"ARTICULO 699. VIGENCIA. El presente código entrará en vigencia el primero de julio de mil novecientos setenta y uno. En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación" (se subraya)*

Así mismo el artículo 40 de la ley 153 de 1887, tal como fue modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, dispone lo siguiente:

> *"**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 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." (se subraya)*

Desde esta perspectiva debe observarse que las pruebas en el presente proceso fueron decretadas cuando se encontraba vigente el artículo 116 de la ley 1395 de 2010 y no se encontraba vigente el Código General del Proceso, por lo que el régimen de las experticias queda sujeto a lo que dispuso aquella ley.

A este respecto, el artículo 116 de la ley 1395 de 2010 señaló:

> ***"Artículo 116.*** Experticios aportados por las partes. *La parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización.*
>
> *"El juez citará al perito para interrogarlo en audiencia acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen, si lo considera necesario o si la parte contra la cual se aduce el experticio lo solicita dentro del respectivo traslado. La inasistencia del perito a la audiencia dejará sin efectos el experticio."*

Lo primero que debe observarse es que a diferencia de lo que ocurre con el Código General del Proceso, la ley no estableció que quien rinda una experticia debiera reunir determinadas condiciones, y tampoco hizo extensiva a los expertos las causales de recusación de los jueces.

Ahora bien, sobre la naturaleza de esta prueba había dicho la Corte Constitucional (sentencia T-417-08):

> *"15. Nótese que las experticias técnicas que hacen referencia éstas no son los mismos dictámenes periciales regulados en los artículos 233 a 242 del Código de Procedimiento Civil, ni los informes técnicos de entidades y dependencias oficiales que reglamenta el artículo 243 del mismo estatuto procesal, por cuanto no se practican por mandato judicial, ni en el curso de una actuación judicial que impliquen intervención del juez, ni están sometidos a las ritualidades de posesión, recusaciones e impedimentos que sí se exigen para los peritos. Por el contrario, este tipo de pruebas se origina en un encargo de la parte que lo escoge y sin la intervención judicial que delimite su práctica y su contenido, pues ello corresponde a una solicitud previa al proceso.*
>
> *"La incorporación de los conceptos técnicos se efectúa válidamente de la misma manera que se aportan al proceso las demás pruebas documentales, puesto que el Código de Procedimiento Civil expresamente señala que podrán ser aportados en las oportunidades procesales correspondientes para solicitar pruebas (demanda, complementación de la demanda, solicitud de excepciones, contestación de la demanda y escrito que contesta las excepciones).*
>
> *"En cuanto a la contradicción de los conceptos técnicos se tiene que no se ejerce mediante el traslado de 3 días, como ocurre en la prueba pericial, sino en las oportunidades previstas en el procedimiento para que la contraparte manifieste su oposición y sus razones para restar credibilidad al mismo. Por esa misma razón, la validez de su incorporación al proceso se valora dentro de la sana crítica judicial, como las demás pruebas, y se*

aprecian en conjunto, pues al igual que el dictamen pericial, el juez es autónomo para valorar las pruebas técnicas y verificar la veracidad de sus fundamentos y conclusiones, en tanto que es al juez, y no al perito o al profesional especializado, a quién corresponde administrar justicia y resolver la controversia que se somete a su decisión final. De esta forma, es evidente que aunque el juez no se encuentra atado a la opinión técnica porque debe someterla a su valoración y apreciación objetiva y razonada, la especialidad de los conocimientos que se expresan en los documentos técnicos sí constituye un importante instrumento de apoyo judicial para su convencimiento".(se subraya)

De esta manera, de conformidad con la tesis de la Corte Constitucional las experticias son diferentes a las pruebas periciales y por ello no se sujetan a las reglas de las mismas, sin perjuicio de que deban ser valoradas como cualquier prueba de conformidad con las reglas de la sana critica.

A lo anterior debe agregarse que de conformidad con el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil el juez debe rechazar in limine las pruebas *"legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas".*

Por consiguiente, bajo las reglas del Código de Procedimiento Civil y la ley 1395 de 2010, las experticias no pueden rechazarse porque se considere que existen vínculos entre las partes y los expertos, sin embargo, dichas experticias deben valorarse a la luz de la sana critica, por lo que para determinar su valor debe tomarse en cuenta tanto la idoneidad profesional de quien la rinde, como su imparcialidad e independencia, así como el contenido mismo de la experticia, esto es, los exámenes realizados y la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos.

Así procederá entonces el Tribunal al analizar las experticias presentadas por las partes.

6. MARCO JURÍDICO DE LA CONTROVERSIA

A. EL TIPO CONTRACTUAL Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

El contrato objeto del presente proceso es calificado como concesión. Desde esta perspectiva conviene recordar que la expresión concesión tiene diversos sentidos en el derecho público y privado, y ella puede referirse tanto a actos unilaterales como a actos bilaterales o contratos. La figura de la concesión de derecho público es muy antigua y ella se explica en muchos casos por la incapacidad del estado de financiar una obra y la necesidad de asegurar la

buena gestión en su construccion y conservación. Así surgen las concesiones europeas del siglo XVI[219]. En derecho colombiano las concesiones son también muy antiguas, es el caso por ejemplo del ferrocarril de Panamá de 1850 y de la concesión para construir y explotar el canal de Panamá de 1878, y también se explican en muchos casos por la incapacidad del estado de financiar obras que pueden adelantar los particulares y por la necesidad de asegurar su conservación.

Ahora bien, en particular en el derecho público colombiano el contrato de concesión está tipificado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, el cual dispone en su numeral 4° lo siguiente:

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

De la definición legal resultan una serie de elementos que determinan la existencia del contrato de concesión:

En primer lugar, la concesión se define por su objeto que es la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público. De esta manera, puede haber concesión de servicios, concesión de obra o concesión de bienes públicos.

Sin embargo para que haya concesión no es suficiente que el objeto del contrato sea el mencionado.

En efecto, en segundo lugar, la ley exige que la actividad del concesionario se desarrolle por su cuenta y riesgo. Ahora bien, es pertinente recordar que ello no

[219] Xavier Benzancon. Essai sur les contrats de travaux et des services publics. Ed LDGJ. PARIS 1999, página 6

significa que el contrato de concesión suponga que el concesionario asuma todos los riesgos, pues desde los primeros casos en los que el Consejo de Estado Francés reconoció la existencia de reglas especiales aplicables a los contratos administrativos, aceptó que a los contratos de concesión se les debe aplicar el principio del equilibrio económico del contrato, por lo cual el concesionario si bien debe asumir ciertos riesgos, como más adelante se verá, dicha asunción no es ilimitada.

En tercer lugar, se establece en la definición legal que el concesionario recibe a cambio de su labor una contraprestación que puede consistir en derechos tarifas, tasas, valorización, o participación en la explotación del bien, o una suma periódica, única o porcentual e incluso la ley permite cualquier contraprestación que se pacte.

Como se puede apreciar, la ley 80 es muy amplia en esta materia.

En este punto es pertinente recordar que de acuerdo con la doctrina clásica el contrato de concesión de obra pública se caracteriza porque la remuneración del concesionario por razón de la obra no es pagada por la administración pública directamente sino por los administrados que la utilizan o se beneficien de ella[220]. A esta misma idea se refiere el comisario del Gobierno en el célebre fallo de la compañía de Gas de Burdeos del Consejo de Estado Francés del 30 de marzo de 1916 en el cual se dijo que la *"concesión es el contrato por el cual se le encarga a un particular o a una sociedad ejecutar una obra pública o asegurar un servicio público, a su costo, con o sin subvención, o con o sin garantía, y que se remunera confiándole la explotación de la obra pública o la ejecución del servicio público, con el derecho de recibir los pagos de los usuarios de la obra o aquellos que se benefician del servicio público"*. En este sentido, tradicionalmente el Consejo de Estado Francés había señalado que un elemento esencial de la concesión consiste en que la remuneración del concesionario provenga de los pagos realizados por los usuarios[221]. Sin embargo, la doctrina más reciente se plantea si puede haber concesión aún en aquellos casos en que los ingresos no provienen de los usuarios, pues dicha Corporación ha reconocido la existencia de concesiones por ministerio de la ley en las cuales los ingresos del concesionario no tienen este origen. En este sentido se ha señalado que el hecho de que los ingresos del concesionario provengan de los usuarios no es un

[220] En tal sentido Héctor José Escola. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Ed Depalma. Buenos Aires 1979. Tomo II, página 302. En el mismo sentido Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo Buenos Aires. 1970 tomo III-B, página 528

[221] Concepto del 14 de octubre de 1980 citada por Xavier Benzancon. Essai sur les contrats de travaux et des services publics. Ed LDGJ. PARIS 1999, página 555

elemento esencial, sino que lo que importa es que el concesionario obtenga su remuneración de la explotación del servicio[222].

En este sentido en el derecho europeo contemporáneo se ha precisado que la concesión de obra se distingue del contrato de obra por la forma de remuneración, por cuanto según la directiva de la Comunidad Económica Europea 2004/18, en la concesión la contrapartida de los trabajos consiste en el derecho de explotar la obra, o en dicho derecho y un precio.[223] A tal efecto dispone la Directiva europea que la concesión es *"un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago"*.

De esta manera, dice la doctrina, la concesión puede ser distinguida del contrato de obra por los riesgos [224] pues en *principio "se trasladan al concesionario privado los riesgos de construcción, explotación y financiación de la obra pública"* [225]. Así resulta de la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las Concesiones en el derecho comunitario en la cual se señala entre otras cosas[226] *"Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento"*. Igualmente se indica allí *"Aunque, en la mayor parte de los casos, el origen de las rentas – cobradas directamente al usuario de la obra – sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio". "Las contingencias fruto del entramado financiero de la operación , que podríamos clasificar como «riesgo económico», son inherentes al fenómeno de las concesiones"*.

"En conclusión, al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación; el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión".

[222] Es la posición del comisario del gobierno enen el fallo del 16 de abril de 1986 del Consejo de Estado Francés (ibídem)
[223] Laurent Richer. Droit des Contrats Administratis. 8ª Ed LGDJ. Paris 2012, Página 563
[224] Richer ob cit, página 564
[225] Alberto Ruiz Ojeda. La Concesion de Obra Pública. Ed Thomson- Civitas. Navarra 2006, página 264
[226] Citada por Ruiz, página 274 y disponible en http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Comunicaciones%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Europea/Concesiones%20Comunicacion%20CE.pdf

En esta concepción se inspira en Colombia la ley 105 de 1993 que establece en su artículo 30 respecto de las obras de infraestructura que en los contratos de concesión para recuperar la inversión se podrán establecer *"peajes y/o valorización"* e igualmente contempla la posibilidad de *"aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado"*. Así mismo contempla la ley en su artículo 33 que para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. En todo caso la ley establece que los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. No sobra destacar que de acuerdo con el artículo 3 de la ley 1508 de 2012 sobre asociaciones público privadas, entre las cuales de acuerdo con la propia ley está la concesión, la retribución de la actividad que se deba desarrollar en virtud del contrato se realizará con el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio.

En todo caso, como ya se ha visto desde su origen más remoto la concesión implica la asunción por el concesionario del riesgo de construcción, explotación y financiación. Es claro que los riesgos que se asumen son los riesgos normales, pues frente a riesgos extraordinarios opera el principio del equilibrio económico del contrato. Para que opere este principio será necesario que claramente se establezca que la ruptura del equilibrio no es originada de una manera u otra por la conducta del propio contratante.

Por otra parte, en cuanto al régimen legal aplicable al contrato objeto del presente proceso es necesario precisar en primer lugar que el contrato de concesión es un contrato estatal por esencia al cual se le aplican los principios fundamentales de esta categoría jurídica, que precisamente fueron definidos por el Consejo de Estado Francés en relación con este tipo de contratos. En efecto el contrato de concesión es un contrato de larga duración en el cual es fundamental que se pueda adaptar a las necesidades que surgen para así satisfacer el interés público y por ello está sujeto al principio de mutabilidad. Así mismo, teniendo en cuenta dicha mutabilidad y dada la necesidad de asegurar la satisfacción del interés público frente a situaciones no previsibles, el contrato de concesión se caracteriza también por el hecho de que en el mismo opera el principio de la preservación del equilibrio económico del contrato, para lo cual obviamente se deben tener en cuenta los riesgos que se asumen por el concesionario y la entidad concedente.

Por otra parte, el contrato de concesión, desde el punto de vista de las reglas aplicables a todos los contratos se caracteriza por ser bilateral y oneroso. Ahora bien, se ha discutido si el contrato de concesión es conmutativo o aleatorio. Para el Tribunal dicha calificación no se puede aplicar de manera tajante y sin distinción al contrato de concesión, pues el concesionario asume ciertos riesgos o ciertas aleas, y no podría entonces reclamar a la administración si ellas se presentan, pero al propio tiempo existen otros aspectos que no debe soportar el contratista y en particular el alea anormal, respecto de la cual tendrá derecho al restablecimiento del equilibrio. Por consiguiente, lo fundamental es tener en cuenta los principios que inspiran el contrato de concesión y la distribución de riesgo que ello implica y las partes estipulen.

A este respecto debe recordarse la importancia de la correcta asignación de riesgos en el desarrollo de los contratos estatales y en particular los de infraestructura como se señaló en los documentos CONPES-2775-MHCP-DNP UINF-UPRU de abril de 1995, CONPES 3107 de abril 3 de 2001, que ya habían sido expedidos cuando se celebró el contrato objeto del presente proceso, y como se analiza en detalle en el capítulo siguiente.

Por otra parte, teniendo en cuenta que el contrato que se analiza se celebró en el año 2004 es claro que al mismo le es aplicable el régimen contemplado por la ley 80 de 1993, pero así mismo se sujeta a la ley 105 de 1993 que regula las concesiones de infraestructura.

B. LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Definida como está la naturaleza del contrato y su régimen jurídico, es imperioso analizar lo atinente a la regulación y alcance de los riesgos concernientes al contrato de concesión, aspecto que se erige como una de sus más importantes características. En efecto, es de la esencia de este contrato –*esentialia negocia*– que su ejecución sea *por cuenta y riesgo del concesionario*, tal como lo estipula el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que permite afirmar el carácter esencial e imprescindible de los riesgos en relación con este tipo contractual, según la definición dada al respecto por los artículos 1501 del Código Civil y 898 del Código de Comercio.

Es precisamente la marcada influencia del riesgo en la concesión, como elemento de su esencia[227], uno de los aspectos que permite diferenciarla de otros tipos contractuales, pues en el marco del negocio concesional es el particular contratista quien tiene la responsabilidad de gestionar la obra o el servicio correspondiente a fin de obtener por esta vía el retorno de la inversión, sometiéndose así a los resultados positivos o negativos que lleguen a presentarse durante el plazo de ejecución, incluyendo las diversas contingencias que eventualmente pueden impactar las proyecciones financieras estimadas en un principio.

Así lo ha concluido la doctrina especializada cuando señala que el riesgo constituye un elemento de la esencia del contrato de concesión, ya que se erige como una de sus características distintivas y determinantes. Concretamente, se ha expuesto en este sentido lo siguiente:

> "*El principio básico de la concesión, y en general de todos los procedimientos privados de ejecución de infraestructuras deriva de que el riesgo económico del mismo ha de ser asumido mayoritariamente por el concesionario.* ***La propia Comisión Europea ha insistido en la esencialidad del riesgo dentro del esquema concesional:*** *'si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión. En este caso, la compatibilidad de la financiación adicional tendría que ser analizada a la luz del conjunto de disposiciones pertinentes de Derecho comunitario'*"[228] –destaca el Tribunal–.

Es sabido que los riesgos contractuales refieren a contingencias o sucesos inciertos y sobrevinientes que tienen la virtualidad de alterar potencialmente el

---

[227] "*... si se estudia la definición de concesión de obras públicas en particular, es fácil entender que la asunción de riesgos por parte del contratista privado es un elemento de la esencia del contrato, ya que desde sus antecedentes remotos ésta ha sido una nota característica.*
"De otra parte, siguiendo la definición tradicional de concesión de obras públicas, debe recordarse que el Consejo de Estado Francés, con motivo de la resolución de la disputa judicial planteada por la Compañía de Gas de Bourdeaux en el año 1912, resaltó la importancia del riesgo concesional señalando que el contrato en cita es aquel acuerdo de voluntades por el cual 'se encarga a un particular o a una sociedad de ejecutar una obra pública o de asegurar un servicio público, a su riesgo'". –Subraya fuera del texto– (URUETA ROJAS, Juan Manuel: El contrato de concesión de obras públicas, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 97)

[228] GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: El régimen de construcción de las infraestructuras. EN: Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, Tomo V, "Bienes e infraestructuras públicas", Iustel, Madrid, 2009, pp. 278.

sinalagma funcional del contrato[229], haciendo más gravoso o impidiendo definitivamente la obtención del resultado buscado, más aun cuando se trata de relaciones negociales cuyo plazo se extiende en el tiempo como es el caso del contrato de concesión de obra pública, el cual supone que "*[e]l Estado debe permitir que el concesionario explote la obra construida durante un término que le permita cubrir las cargas del capital, es decir, amortización e intereses del capital invertido y los gastos de explotación que tuviere*"[230].

El acaecimiento de estas contingencias puede afectar las proyecciones o estimaciones planteadas por los contratantes al inicio de la concesión, repercutiendo eventualmente en las condiciones técnicas y financieras del contrato y en particular en la ecuación económica preestablecida. Por tal motivo, atendiendo a la naturaleza conmutativa y onerosa que es inherente al contrato de concesión[231], suscita importancia que desde un inicio sean valorados e identificados los riesgos que puedan presentarse durante las etapas de ejecución contractual a fin de precisar aquéllos que corresponden al Estado, los que pueden ser asumidos por el particular contratista y cuáles definitivamente no pueden trasladarse al concesionario en forma válida[232].

Es tal la importancia de lo anterior que la Ley 1150 de 2007 en su artículo 4[233] estableció como regla de imperativo cumplimiento la *distribución de riesgos en los Contratos Estatales*, de forma tal que en los respectivos pliegos de condiciones y en la denominada audiencia de riesgos deberá establecerse lo concerniente a su estimación, tipificación y asignación, pretendiendo con ello la mitigación o atenuación de los efectos generados con la ocurrencia de tales hechos contingentes, al asignarlos a la parte que esté en mejores condiciones para controlarlos o manejarlos[234].

Si bien la disposición en comento no aplica para el caso concreto al ser posterior al contrato de marras, permite evidenciar que la tipificación de los riesgos en el

[229] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2014, Exp. 17.660, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
[230] DÍEZ, Manuel María: Derecho Administrativo, Tomo III, Omeba, Buenos Aires, 1967, Pág. 129.
[231] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de doce (12) de diciembre de 2006, Rad. 1.792, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
[232] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de doce (12) de diciembre de 2006, Rad. 1.792, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
[233] Art. 4, Ley 1150 de 2007: *"DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.*
"En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva."
[234] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2004, Exp. 27.921, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

marco de la contratación pública, así como su correcta dosificación y asignación durante la etapa precontractual, constituye materia crucial y del todo determinante para posibilitar la debida ejecución del contrato y la satisfacción de su correspondiente objeto, ya que así habrá claridad *ex ante* sobre el manejo de las contingencias que puedan presentarse durante el plazo de duración. Así lo ha concluido la doctrina extranjera al señalar de manera puntual que:

> *"La concesión como contrato aglutina, en gran medida, toda la historia de este modo de gestión y de intercambio de recursos para la producción de bienes públicos. 'Una de las principales funciones de los contratos –dice MARCOU– es repartir los riesgos entre las partes', lo cual es una forma de condensar lo que la sabiduría jurídica convencional entiende por contrato: que es fuente de obligaciones y de derechos o, dicho de otro modo, que es una suerte de correlación entre los riesgos y las retribuciones de cada una de las partes. (...)*
>
> *"Hay un elemento no siempre considerado y al que prestaremos aquí una atención especial: la vinculación entre asignación de riesgos y retribuciones que todo contrato procura y la estructura de incentivos que una determinada modalidad contractual –en nuestro caso la concesión de obra pública– lleva ínsita en cuanto institución. Cualquier insistencia en esta última idea es poca: los contratos permiten un intercambio eficiente y justo de recursos cuando las retribuciones y pérdidas que las partes obtienen guardan correlación estricta con los riesgos que les son asignados y con la diligencia que deben poner en práctica para controlarlos, de manera que la materialización del riesgo supone una pérdida y su efectiva contención una ganancia."* [235] –Subraya del Tribunal–

Tratándose específicamente del contrato de concesión, el legislador Colombiano se encargó de establecer una premisa general en materia de asignación de riesgos, disponiendo de manera expresa que la ejecución de este tipo contractual sería *por cuenta y riesgo del concesionario* (art. 32, Ley 80 de 1993), debido a sus conocimientos especializados al respecto, a su experiencia en el medio y, además, por la capacidad que le asiste para valorar previamente las condiciones de la concesión que habrá de ejecutar, entre ellas las eventuales contingencias que llegaren a ocurrir durante el andar del contrato.

Pero esta regla merece una precisión en el sentido de considerar que, si bien el concesionario ejecuta el respectivo contrato por su cuenta y riesgo, esto no supone que los riesgos que a él correspondan sean asumidos de manera ilimitada y menos aún que este contrato conmutativo varíe su naturaleza a la de un negocio absolutamente aleatorio. Hay que entender a este respecto que el

[235] RUÍZ OJEDA, Alberto: La concesión de obra pública, Thomson – Civitas, Navarra, 2006, pp. 272.

contratista particular que asume los riesgos en el marco de una concesión lo hace en condiciones de normalidad o previsibilidad, en otras palabras –como lo define RAMÓN PARADA–, los riesgos del concesionario se asumen o se moderan en una "*proporción sustancial*"[236].

Los riesgos que corresponden al concesionario se asumen entonces en condiciones de regularidad, de ahí que se denominen como riesgos corrientes, razonables, proporcionados o equilibrados, de manera que su alcance o aplicación no puede extenderse en forma abstracta, general e ilimitada, pues sería inadmisible "... *que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir afectaciones imprevisibles o extraordinarias, de suficiente entidad para afectar la estructura económica del contrato*"[237].

Bien lo ha dicho el H. Consejo de Estado al señalar que el contratista asume los riesgos del contrato solamente hasta llegar a un punto de normalidad, de manera que los riesgos anormales o extraordinarios no pueden atribuirse al particular contratista que funge como colaborador de la Administración. La Sección Tercera ha expresado lo siguiente:

> *"La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados".*[238]

En pronunciamiento posterior, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo reiteró que:

---

[236] PARADA, Ramón: Derecho Administrativo, Tomo II, 21ª edición, Open, Madrid, 2014, Pág. 264.

[237] Laudo arbitral proferido el 21 de noviembre de 2006, dentro de las controversias surgidas entre la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil y Codad. Así mismo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de Mayo 9 de 1996, Ponente, Daniel Suárez Hernández, Expediente No. 10.151. Tampoco asume el concesionario los riesgos de un *"... álea" anormal, irregular, extraordinaria o "acontecimiento -excepcional- que frustra o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato*", ni los de sucesos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles al instante de la celebración del mismo, los derivados del incumplimiento de éste por la entidad estatal, de sus actuaciones u omisiones imputables o de sus actos administrativos y decisiones generales o particulares ulteriores. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de noviembre de 1999)

[238] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de nueve (9) de mayo de 1996, Exp. 10.151.

> *"La doctrina ha entendido que en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo y riegos el álea normal de toda negociación, no así el álea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas. Lo que significa que la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr la ganancia razonable que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones normales."*[239]

Considerando que en materia de concesión, es la misma ley la que define la asignación de los riesgos *in genere* -radicándolos en cabeza del concesionario-, es importante tener en cuenta que respecto a los demás contratos, el análisis en cuanto al tipo de riesgos que asumen los contratistas no difiere de lo expuesto *supra*, de ahí que la negociación en cuanto a su tipificación, dosificación y asignación deba siempre circunscribirse a los riesgos previsibles, ordinarios o normales, pues como se dijo antes, hay imposibilidad en la determinación de aquéllos catalogados como extraordinarios o imprevisibles.

En términos precisos y resumidos, el Doctrinante Héctor Jorge Escola concluye sobre el particular que, "... *si el cocontratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente*"[240].

Estos postulados permiten entender el abandono de la concepción del "*riesgo y ventura*" como teoría de asignación de riesgos respecto del contrato de concesión y, en general, frente a la contratación de la Administración Pública[241], pues bajo los postulados de este esquema, que se fundamentaba en una interpretación extrema de los principios *lex contractus* y *pacta sunt servanda,* el contratista tenía que soportar la mayor onerosidad que llegare a presentarse durante la ejecución, sin poder exculparse en razones de anormalidad o imprevisibilidad para liberarse de sus obligaciones y sin tener derecho a que se

---

[239] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de noviembre de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

[240] ESCOLA, Héctor Jorge: Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 453.

[241] Así lo ha concluido la doctrina al señalar que, "*... en la actualidad, debido a un cambio en la concepción de las relaciones económicas entre administración y particulares, el riesgo y ventura ha dejado de ser una carga obligacional, en virtud de la cual se transfieren en cabeza del contratista todos los eventos punibles y dañosos susceptibles de ser tratados como riesgo, para convertirse en un privilegio o trato en su favor.*
"Lo anterior, en razón de la común aceptación de no permitir, en ningún evento, la consumación de un desequilibrio económico entre los beneficios recibidos con la prestación adeudada, y con las cargas sufridas con su ejecución. Y, también por el hecho de que en derecho administrativo el istum pretium es una realidad jurídica, dado que la fijación del precio es una situación anterior a un acto de disposición de la Administración, que se encuentra regido por el principio de legalidad objetiva." (URUETA ROJAS, Juan Manuel: El contrato de concesión de obras públicas, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 97)

incrementara el precio inicialmente pactado que le permitiera cubrir tales desequilibrios, pues "*... los riesgos anteriores al pago había de soportarlos el propio contratista*"[242].

Los riesgos constituyen en estos términos un elemento de la *esencia* de la concesión, en cuyo marco son atribuidos al contratista aquéllos inherentes a su negocio o actividad comercial, vale decir, los que se encuentran en su órbita de manejo y control, criterio que debe ser tenido en cuenta para definir el esquema de riesgos del negocio y para valorar la tipificación, estimación y asignación de los mismos, entendiendo que "*... una asignación adecuada de riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Ello se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla*"[243].

Sobre este particular aspecto se ha referido la jurisprudencia indicando de manera diáfana cuáles son entonces los riesgos que debe asumir el contratista del Estado, precisando en este sentido que dada su condición de conocedor del negocio y su experiencia en la ejecución de la obra o en la prestación del servicio de que se trate, deberá asumir aquellos riesgos inherentes al negocio mismo, a su propia actividad empresarial. Según el H. Consejo de Estado:

> "*... es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismo propios del negocio, como se dijo, estos sí a cargo del contratista, en cuanto conocedor de la empresa que emprende, de factores ajenos, con entidad suficiente para aminorar la utilidad esperada e incluso generar pérdidas, al punto de invertir el supuesto de equidad, acorde con el cual las cosas perecen para el dueño.*
>
> *"Y es que la ecuación financiera del contrato puede verse afectada a) por incumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato; b) porque en ejercicio de potestades constitucionales y legales se adoptan medidas que si bien no tocan la relación directamente la afectan negativamente y c) por factores externos, surgidos durante la ejecución, pero paralelos a esta, posteriores a la celebración y ajenos a las partes, con entidad suficiente para perturbar el equilibrio contractual*[244]*. En este último caso, circunstancias imprevisibles que por lo mismo no pueden entenderse comprendidas en la relación contractual.*"[245]

---

[242] García de Enterría, Eduardo. Fernández, Tomás-Ramón: Ob. Cit. pp. 729.
[243] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de nueve (9) de diciembre de 2004, Exp. 27.921, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.
[244] Cita del original: *"Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Proceso No. 16433. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra"*
[245] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercero, Subsección B, Sentencia de seis (6) de diciembre de 2013, Exp. 21.613, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo

De acuerdo con lo anterior, los riesgos pueden distinguirse en *(i) internos empresariales* y *(ii) externos anormales*, siendo los primeros aquellos inherentes al objeto de la organización misma del concesionario, quien, debido a sus especiales conocimientos, tiene la carga de prever su posible ocurrencia desde la negociación misma –etapa precontractual– y, por tanto, deberá asumir las respectivas consecuencias, pues se trata de riesgos normales, ordinarios, propios al desenvolvimiento de su objeto y que no escapan a su alcance, debido a que se encuentran en su órbita de manejo o administración. En este sentido, sumado a que el concesionario tenga que valorar esos efectos y considerarlos en la determinación del precio de su oferta, también deberá adoptar las medidas pertinentes con el fin de evitar su ocurrencia o matizar sus secuelas[246].

Por el contrario, se entiende por *riesgos externos o anormales* aquéllos ajenos a la esfera del concesionario, de ocurrencia extraordinaria y de difícil –casi imposible– previsión y que llevan a que la ejecución del contrato sea más gravosa –aunque no irresistible[247]– en razón a que sus efectos desbordan las proyecciones inicialmente estipuladas, lo cual implica que no puedan ser asumidos por el particular contratista, pues su ocurrencia no depende de su conducta, sino de factores externos ajenos a su organización. Bajo esta perspectiva, el concesionario estaría habilitado para que, luego de constatar la existencia de un desequilibrio en la ecuación económica del contrato, solicite su restablecimiento a la entidad contratante en los términos del artículo 5 numeral 1° de la Ley 80 de 1993[248].

---

[246] Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha señalado: "[h]abría que concluir entonces que las variaciones que eventualmente podrían sucederse dentro de una operación normal, bien sean favorables o desfavorables a los intereses económicos del concesionario, corresponderían a su riesgo negocial, es decir, al álea normal de los negocios y, por lo tanto, en manera alguna podría (sic) trasladarse los déficit respectivos a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigírsele al concesionario la entrega del superávit a la entidad concedente cuando los resultados superaren las proyecciones iniciales, puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asume deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2007, Exp. 15.475, C.P. Mauricio Fajardo Gómez)

[247] La "irresistibilidad" como característica propia de la fuerza mayor -artículo 1°, Ley 95 de 1890-, no es aplicable tratándose de la "teoría de la imprevisión", pues en esta última, pese a que la ejecución del contrato se vuelva más gravosa debido a la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, si puede cumplirse el objeto contractual.

[248] Art. 5, Ley 80 de 1993: "DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

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

"En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato."

En conclusión, la asunción de riesgos por parte del concesionario se circunscribe siempre a aquéllos que son previsibles, ordinarios o normales, de forma que nunca podrán atribuirse estas contingencias en condiciones absolutas o extraordinarias, pues nadie está obligado a lo imposible. En todo caso, habrá que tener en cuenta que, "*... todo empresario ha de aplicar sus habilidades con diligencia para controlar los riesgos que le han sido asignados ya que, de no resultar así, las consecuencias negativas de la materialización de la incertidumbre se traducirán en una pérdida o en un menor beneficio*"[249].

La doctrina y la jurisprudencia han identificado distintas clases o tipos de riesgo en relación con el contrato de concesión, atendiendo a su alcance, su objetivo y los efectos que generan. Entre estos riesgos pueden enunciarse: *i)* el financiero; *ii)* el cambiario; *iii)* el crediticio; *iv)* el riesgo constructivo; *v)* el riesgo de operación; *vi)* el riesgo por cambios de ley o regulatorio; *vii)* el riesgo político; *viii)* el riesgo ambiental; *ix)* el riesgo comercial y *x)* el riesgo de adquisición de predios; entre otros.

C. OBLIGACIONES DE GESTIÓN PREDIAL Y ESQUEMA DE RIESGOS EN MATERIA PREDIAL EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN GG-040-2004

Considerando el contexto en el que se enmarca el caso concreto, el Tribunal analizará inicialmente el denominado *riesgo de adquisición predial* y con base en las conclusiones respectivas valorará el fondo del asunto.

i. Pretensiones de la Convocante

Después de ocuparse de los ANTECEDENTES y de la PROCEDENCIA DE LA REFORMA DE LA DEMANDA, la apoderada de la convocante procede a desarrollar dicha reforma, lo cual inicia con la formulación de las PRETENSIONES. Tales pretensiones son ordenadas en varios grupos, al primero de los cuales denomina DECLARATIVAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO, entre las que aparecen las números 1, 2, 3, 4 y 4.1 que se refieren a la controversia enunciada y que se transcriben a continuación:

> *"1. DECLARAR en interpretación de la Cláusula 37, modificada por los Otrosíes 4, 6, 14 y 17 del Contrato de Concesión GG-040-2004, sobre quién recae el riesgo predial y de redes de servicio público del contrato.*
>
> *A. PREDIOS*

[249] RUÍZ OJEDA, Alberto: La concesión de obra pública, Thomson – Civitas, Navarra, 2006, pp. 265.

2. Con fundamento en la declaración 1 anterior, DETERMINAR económicamente el alcance del riesgo predial a cargo del INCO, establecido en la matriz de riesgo de la licitación pública que dio origen al Contrato de Concesión GG-040-2004.

3. DETERMINAR que el riesgo predial a cargo del CONCESIONARIO se desbordó y se convirtió en un riesgo ilimitado.

4. Con fundamento en la primera declaración, DETERMINAR los alcances de las obligaciones económicas a cargo del Concesionario contempladas en la cláusula 61 del Contrato de Concesión GG-040-2004.

4.1. DETERMINAR el incumplimiento grave del INCO en el pago de la suma de OCHO MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($8.200'000.000), adicionales a los NUEVE MIL MILLONES DE PESOS ($9.000'000.000) a los que está obligado asumir el concesionario en virtud de la Cláusula 37.6 del Contrato de Concesión GG-040-2004."

ii. Posición de la Convocante

En el capítulo de los hechos de la demanda reformada, después de exponer los "relativos A LA LICITACIÓN PÚBLICA No. 001 de 2003 Y ESTUDIOS PREVIOS", los "HECHOS REFERENTES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN GG-040-2004" y los "HECHOS RELATIVOS A LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES Y OTROSÍES", la apoderada de la convocante pasa a ocuparse de lo que denomina "LA DIFERENCIA ENTRE EL RIESGO PREDIAL A CARGO DEL INCO Y LA OBLIGACIÓN DE GESTIÓN PREDIAL A CARGO DEL CONCESIONARIO." Y es en este último acápite donde fija su posición sobre el tema referido, la cual puede sintetizarse como se indica a continuación.

De acuerdo con el Contrato de Concesión GG-040-2004 (en adelante el Contrato o Contrato de Concesión), el riesgo predial está a cargo del INCO y la obligación de gestión predial corresponde al Concesionario. Pero el INCO, equivocadamente en concepto de la apoderada, confundió el riesgo predial con la gestión predial y trasladó dicho riesgo al Concesionario. Ese traslado se concretó en la pretensión del INCO de que el Concesionario financiara las sumas requeridas para la adquisición de los predios necesarios para la ejecución de las obras objeto del Contrato, en exceso de $36.000 millones de diciembre de 2002 (en adelante el Mayor Valor de las Predios), que era la cantidad fijada contractualmente para las mencionadas adquisiciones. Esta exigencia hizo prácticamente imposible la adquisición de los predios que se necesitaban para la

ejecución del Contrato de Concesión y fue así como hubo necesidad de suspender la gestión predial y acordar una modificación de "los plazos del otrosí No. 19".

En opinión de la convocante, quien debía suministrar los recursos adicionales para la adquisición de los predios era el INCO y como no lo hizo, incumplió el Contrato. Y concluye la apoderada: *"Como consecuencia de lo anterior, es claro que el Concesionario ha cumplido con las obligaciones contractuales contenidas en la cláusula antes citada, ya que ha financiado con sus propios recursos e incluso ha ido más allá de lo que le correspondía asumir en virtud de dicha cláusula, es decir, ha aportado los nueve mil millones de pesos de diciembre de 2002 (COL $ 9.000.000.000) adicionales a su cargo y ha financiado además los recursos faltantes e indispensables para la ejecución oportuna del Contrato."*

Para fundamentar su planteamiento, la convocante se basa en una serie de documentos, algunos de los cuales transcribe parcialmente. Tales documentos se listan a continuación.

- CONPES 3107 de 2001, según el cual, en concepto de la apoderada, el riesgo predial debe ser asumido por la entidad contratante.

- Documentos de la licitación pública No. 001 de 2003, a los que se refiere en los siguientes términos:

  1. "Entre los meses de abril y diciembre de 1998, el INVIAS junto con las firmas INGETEC, BATEMAN INGENIERÍA LTDA. y PIV INGENIERÍA LTDA., presentaron 19 informes que contenían los estudios para la Concesión de la Carretera Av. Boyacá – Bosa – Granada – Girardot.

  2. "En abril 16 de 2002, se presentaron adicionalmente los estudios de **BOOZ ALLEN AND HAMILTON**, a través de los cuales se constituyó el avance de la estructura Técnica, Legal y Financiera de la Concesión Bogotá – Buenaventura, y sus diversos subtrayectos.

  3. "Los estudios en referencia hacen un análisis de las obras proyectadas en el Corredor, siendo las pertinentes en lo que se refiere a la **CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT**, las siguientes:

- Cláusulas del Contrato: No. 15, que determina los riesgos asumidos por el INCO; No. 37, numeral 37.6.7., referente a la obligación del Concesionario de adquirir los predios necesarios para la ejecución de las obras objeto del

Contrato; y 37.22.1 segundo inciso, que contempla el caso de que los costos prediales superen los $27.000 millones de diciembre de 2002.

- Otrosíes: No. 6 del 19 de agosto de 2005, mediante el cual se subrogó la cláusula 37 del Contrato; No. 8, cláusula 1, que amplía el alcance de la obras a construir y las actividades a realizar por el Concesionario; y cláusula 13, que reitera la obligación del concesionario de llevar a cabo la gestión predial y remite a la cláusula 37 del Contrato; y No. 17, cláusula 3, sobre obligaciones del INCO en materia de adquisición de predios.

- Acta de Entendimiento suscrita por las partes el 6 de abril de 2009 y Adicional No. 1 al Contrato, consideración 11 y cláusula 1, sobre nuevas obras a cargo del Concesionario y financiación de las mismas.

- Las comunicaciones del INCO *"Nos. Rad. 20093080067361 del 08-06-2009, No. 01-4398-2009 del 27-08-2009, No. 01-448-2009 de 01-09-2009, No. 01-4622-2009 de 10-09-2009, No. 20093020114461 de 16-09-2009, No. 200930201278881 de 16-10-2009, No. 20093050159851 de 24-12-2009, No. 200093020127881 del 16-10-2009, 01-6150-2009 del 26-11-2009, No. 200930501557711 del 18-12-2009, No. 01-1124-2010 del 3 de marzo de 2010, No. 01-1122-2010 del 3-03-2010, No. 01-1721-2010 del 5-04-2010, No 20093020067361 de 8-06- 2010, No. 20103050008541 28-01-2010, No. 20103050009741 01-02-2010, 2010-409-004421-2 del 25-02-2010, No. 20103050043251 07-04-2010, No. 2011-305-010302-1, No. 01-5142-2011 entre otras..."*, las cuales, según lo afirma la apoderada, "ratificaron la posición del INCO en el sentido de ignorar las Obligaciones Contractuales establecidas respecto a la financiación de los predios y trasladarle dicho riesgo al concesionario..."

- Oficio radicado INCO 20103050025511, en el cual esa entidad ratifica que el Concesionario debe adelantar la gestión predial en los términos de la cláusula 37 del Contrato.

- Las comunicaciones de la Concesionaria *"No. GT-IN-0136-06, No. GT-IN-0625-07, No. CABG-IN-0431-08, No. CABG-IN-0349-09, No. CABG-IN-0406-09, No. CABG-IN-0484-09, No. CABG-IN-0488-09, No. CABG-IN-0637-09, No. CABG-IN-0644-09, No. CABG-IN-0811-10, No. CABG-IN-0418-11, No. CABG-IN-0591-11, No. CABG-IN-0628-11, No. CABG-IN-0637-11, No. CABG-IN-0643-11, No. CABG-IN-0648-11 y No. CABG-IN-0661-11."* En estas comunicaciones, dice la apoderada, su representada *"ha aportado al INCO las fichas prediales, la tira predial, y en general, ha*

señalado el cumplimiento cabal en materia predial, que se encuentra pactado contractualmente…"

- Comunicaciones"CABG-IN-0083-10, CABG-IN-0665-09 CABG-GR-3607-09, CABG-0644-09, GCABG- In-0488-09, CABG –IN-0149-10", en las cuales el Concesionario "ha sostenido su posición contractual, ajustándose a la regulación de la gestión predial contenida en la cláusula 37.11"

- Comunicación No. CABG-IN-0083 de 29 de enero de 2009 que da respuesta a la comunicación INCO 20093050155711 de fecha 18 de diciembre de 2008, en la cual el Concesionario da alcance a la "situación contractual contenida en la cláusula 37 numeral 37.11."

- Comunicación CAGB-IN-0016-2010 del 06-01-2010 dirigida al INCO con *"la constancia de los pagos efectuados con cargo a los procesos de adquisición de predios, acompañado del informe consolidado y detallado de estado de gestión predial…"*

- Comunicación CABG-IN-796-2010 del 16 de diciembre de 2010, dirigida al INCO con la actualización del Informe de Interferencias Prediales.

- Comunicación No. 01-1147-2011 de la Interventoría, en la cual se reconocen los sobrecostos en materia predial.

A manera de conclusión, la libelista afirma lo siguiente: *"El Concesionario estructuró su propuesta técnica, financiera y legal de acuerdo con las consideraciones previstas en la ley, los pliegos de condiciones, la minuta del contrato y sus apéndices y las precisiones señaladas por la misma Entidad durante el desarrollo de la Licitación pública."*

iii. Posición de la Convocada

El apoderado del INCO, en la contestación de la demanda reformada, después de ocuparse de los requisitos de ley de dicha contestación y de los antecedentes de la citada demanda, manifiesta que se opone *"al reconocimiento de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante, llamadas declarativas de interpretación, consecuenciales y de condena."* Enseguida, el apoderado se pronuncia también expresamente sobre los hechos en que basa sus pretensiones la convocante, siguiendo a ese efecto el mismo orden y las mismas denominaciones utilizadas por la demandante, y así arriba al tema de la

"DIFERENCIA ENTRE EL RIESGO PREDIAL A CARGO DEL INCO Y LA OBLIGACIÓN DE GESTIÓN PREDIAL A CARGO DEL CONCESIONARIO".

En cuanto a los hechos de la demanda reformada, el apoderado inicial de la convocada admite algunos como ciertos y algunos como no ciertos, les niega el carácter de hechos a casi todos y dice que se trata de trascripciones de documentos, a veces parciales y recortadas, en algunos casos acompañadas de apreciaciones, interpretaciones y opiniones que la Convocada no comparte.

En lo relativo a la controversia sobre el punto que nos ocupa, el apoderado de la Convocada sostiene que de acuerdo con el Contrato, el Concesionario tenía la obligación de aportar para la adquisición de predios la suma de $27.000 millones de diciembre de 2002, provenientes del 85% de los peajes percibidos durante los ocho meses siguientes a la suscripción del Acta de Entrega de los Trayectos. En caso de que la cantidad antes citada resultara insuficiente para atender la compra de los predios necesarios para ejecutar las obras objeto del Contrato, el Concesionario se obligaba a aportar la suma de $9.000 millones de diciembre de 2002. Y si las compras de los referidos predios llegaran a tener un valor superior a los $36.000 millones de diciembre de 2002 (Mayor Valor de los Predios), el Concesionario tenía la obligación de financiar los recursos faltantes y el INCO debía reembolsarlos en un plazo máximo de 18 meses y con un interés del DTF + 7 puntos porcentuales y los de mora en su caso.

En general, el apoderado inicial de la convocada se queja de que la apoderada de la Convocante recurre en la demanda reformada *"al mecanismo de efectuar transcripción de apartados contractuales de manera sesgada con el fin de darle una contextualización que no tienen."* Pone de presente, además, que algunas de *"las transcripciones realizadas por la libelista son incompletas"* y algunas otras no corresponden al texto que se dice transcribir. Específicamente el apoderado se refiere a *"las transcripciones y referencias contractuales que hace la libelista de las modificaciones que se han surtido de cara al Contrato de Concesión GG-040-2004,"* y afirma que *"son incompletas, sesgadas y en varias oportunidades, transcritas de manera incorrecta..."*.

Frente a las anteriores pretensiones, en la contestación de la reforma de la demanda se plantean las siguientes excepciones, en las cuales se reitera la posición ya expuesta de la convocada en relación con la controversia planteada: 1ª - *"Coincidencia interpretativa de las partes sobre el alcance y contenido del numeral 37.6250 del Contrato de Concesión GG-040-2004. Inexistencia de conflicto"*; 2ª -*"La financiación como obligación esencial del contrato de concesión*

[250] La cláusula primera del Otrosí No. 6 del 19 de agosto de 2005 modifica su numeración más no su contenido.

No. GG-040-2004 a cargo del Concesionario en relación con la asignación del riesgo predial", 3ª - *"el riesgo predial del INCO en la ejecución del contrato de concesión GG-040-2004"* y 4ª - *"la gestión predial en el Contrato de Concesión GG-040-2004"*.

En la excepción 3ª la convocada reitera como en su concepto la financiación de los predios estaba a cargo de la demandante y señala que *"La financiación que efectivamente ha prestado el Concesionario corresponde a OCHO MIL DOSCIENTOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CIENTO SESENTA Y OCHO PESOS ($8.208'443.168,00) corrientes*[251]*, que equivalen a aproximadamente a $5.200 millones de diciembre de 2002, los cuales encuentran su fuente de pago según lo previsto en el Adicional No. 1 del 21 de enero de 2010*[252]*, al establecer en la numeral 4º de su cláusula primera, lo siguiente:*

> *"En cumplimiento de lo estipulado en la cláusula 37 del contrato de concesión, INCO reembolsará al Concesionario, el valor de los aportes que excedan los montos establecidos en los numerales 37.6 y 37.17 de la misma cláusula, con cargo a los recurso remanentes de las vigencias autorizadas por el documento CONPES 3535 de 2008, para una compensación que en valor presente neto equivale a VEINTRÉS MIL CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($COP $23.136.713.459) [sic] de octubre de 2009, equivalentes a dieciséis mil ciento once millones trescientos veintidós mil ciento ochenta y seis pesos ($COP 16.111.322.186) [sic] constantes de 2002. El reembolso al concesionario se hará conforme al modelo financiero elaborado por la Subgerencia de Estructuración y Adjudicación."* (Subrayado fuera de texto)

Adicionalmente plantea que *"si ha habido un sobrecosto en las inversiones que se deben realizar en materia predial, cuyo riesgo fue asumido por el INCO, el mismo se ha originado, entre otros, en el diseño geométrico elaborado por el Concesionario para el desarrollo de las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación, el cual cambió sustancialmente frente al inicialmente previsto (...) en la etapa licitatoria"*.

iv. Posición del Ministerio Público

[251] Según CONSTANCIA No. 0201 expedida por la Fiduciaria de Occidente S.A., del 1º de diciembre de 2010.
[252] Con el cual se incorporaron los recursos a los que refiere el Documento CONPES 3535 del 18 de julio de 2008 para el Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot.

La señora Agente del Ministerio Público en su concepto final manifiesta:

"Sin embargo, esta Agente del Ministerio Público coincide con el convocado en que el informe del perito contable- financiero rendido por la firma EQUITY el 31 de mayo de 2013, efectivamente permite establecer el alcance de la Cláusula 37 del contrato, en el sentido de asignar al concesionario la obligación de responder por el riesgo predial financiero, el cual se encuentra íntegramente incluido dentro de lo que se comprende como la gestión predial. (...)

En ese orden de ideas para esta Agente del Ministerio Público resulta evidente el hecho de que el riesgo predial ciertamente corresponde y siempre ha correspondido al concesionario, cuyos integrantes en calidad de proponentes desde el momento del proceso de selección de contratista, según se logra colegir de los testimonios recaudados y de los antecedentes relacionados con la Licitación pública 01 de 2003, tenían claro que sería el concesionario quien debería asumir el riesgo del proyecto, entendido este como lo establece la cláusula 14 del contrato, cuya minuta hacía parte del pliego de condiciones y de conformidad con la cual a partir de la fecha de suscripción del contrato, el Concesionario asume los efectos derivados de todos y cada uno de los riesgos del proyecto, salvo los casos en que expresamente se haya determinado lo contrario, por lo que se debe entender que este se encuentra integrado por todo riesgo que traiga consigo la ejecución y cumplimiento del proyecto vial, En consecuencia, no es admisible pretender que se sustraiga de dicho riesgo el que nace de la gestión predial, ya que no existen fundamentos ni razones que verdaderamente permitan entender que efectivamente éste sería un riesgo con un nivel de responsabilidad distinto, no atribuible al contratista.

(...)

Es por ello que en el caso en concreto, observa este Despacho que de acuerdo a las distintas comunicaciones que durante el desarrollo del proyecto se cruzaron entre las partes contractuales, aquéllas demuestran que si bien es cierto que el concesionario en reiteradas ocasiones manifestó a la Agencia las dificultades para la gestión predial, ello de ninguna manera indica que dicha puesta en conocimiento tenga contenidos de responsabilidad que le sean atribuibles. Contrario sensu dichas comunicaciones lo que dan a entender es que si bien el concesionario se encontraba en toda la facultad para solicitar apoyo por parte de la Entidad para lograr sobrepasar sus inconvenientes, lo que indica que tal como lo ha venido afirmando la Agencia, era responsabilidad del concesionario brindar las soluciones necesarias para resolver todo lo ateniente al desarrollo de sus obligaciones, en razón de la responsabilidad de riesgo que tenía a su cargo y que bien se entendía exclusiva de aquélla.

Como ejemplo de ello, es del caso resaltar el testimonio rendido por el señor Vanegas, en el que afirmó que en los estudios previos realizados por INGETEC se evidenció la existencia de derechos de vía invadidos, situación que debía

ser resuelta por el concesionario, ya que, según lo aseguró, dada la experiencia de los integrantes del concesionario en temas de construcción vial, de una u otra manera éste tuvo que prever la posibilidad de la invasión de derecho de vía, ya que en la práctica es de común conocimiento que en el sector vial se suelen presentar este tipo de problemas con los tramos viales, razón por la que quien resulte seleccionado en el proceso licitatorio, entiende y conoce que se va a enfrentar a situaciones como éstas y por lo tanto las incluye dentro de los riesgos que componen el alea normal del proyecto.

Basados en el acervo probatorio y de acuerdo a las reglas de interpretación inicialmente reseñadas, junto con las tendencias jurisprudenciales que se han manejado acerca del riesgo contractual, corresponde que efectivamente el riesgo predial se encuentra de manera exclusiva a cargo del concesionario y que por ningún motivo es posible que este recaiga o haga parte de las responsabilidades de la Agencia.

Corolario a lo anterior y descendiendo al presente caso, el Despacho da cuenta de que a pesar de que la Cláusula 37 del contrato estableció un monto máximo de aportes por parte del concesionario, también estipuló que en articulación a la participación del Estado y en razón de la imposibilidad de éste de realizar los desembolsos de dinero a medida que las necesidades del proyecto fueran surgiendo, la cláusula estableció, en consonancia con el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, que el concesionario fuese quien financiara los dineros que excedieran las sumas de dinero que se encontraba en la obligación de aportar, que para el presente caso se trataba de $36.000'000.000.oo, y que la Entidad no solo haría la respectiva devolución de dineros sino que adicionalmente reconocería a favor del concesionario una tasa de interés bastante fructífera, ello con la intención de no obstaculizar el desarrollo del contrato, lo que le confiere el deber de asumir los riesgos que de la financiación del proyecto se desprenda, ya que no se trata de una responsabilidad compartida, sino una responsabilidad exclusiva en cabeza del contratista la cual de una u otra manera ya venía preanunciada, no solo por las especificaciones Técnicas del contrato, sino también a raíz de la gran experiencia de la que gozan los miembros del concesionario.

(...)

De esta manera, este Ministerio Público se permite acotar que la determinación del riesgo financiero no se puede confundir con el límite máximo de dinero que se encuentra obligado a aportar el concesionario para la financiación de la gestión predial, en tanto que, cuando se habla de un riesgo, éste no se encuentra estipulado ni determinado taxativamente en el contenido del contrato y mucho menos fijado en términos económicos, puesto que al ser circunstancias que de alguna manera terminarían siendo imprevistas, el contrato no puede limitar hasta donde el contratista debe responder por dichas imprevisiones y mucho menos desconocer que al contratar por medio de un

contrato de naturaleza negocial- concesión-, cuyo objetivo es precisamente que sea el inversionista privado el que corra con los riesgos de la obra a cambio de la explotación del bien o el servicio, se determine sobre qué tipo de riesgos le deben ser adjudicados al contratista y cuales a la entidad, cuando la intención última de que el concesionario tenga el derecho de explotar bienes o servicios del Estado, es precisamente que la ejecución de la obra, con todo lo que ello implica, no le sea encimado en el precio del contrato, para que así se pueda establecer que efectivamente se respeta el equilibrio económico del contrato y el principio de las cargas públicas. Lo que indica que efectivamente el riesgo financiero que el concesionario debe asumir no es de carácter ilimitado. (...)"

v. Consideraciones del Tribunal

A efectos de abordar el estudio de las pretensiones así planteadas por la sociedad convocante, el Tribunal se referirá en primer término a las generalidades del riesgo de adquisición de predios, para pasar luego a establecer las condiciones contractuales que al respecto fijaron las partes en los distintos documentos del contrato, incluyendo sus modificatorios, y definir con base en ello y de conformidad con las pruebas del proceso la controversia suscitada en este sentido.

El desarrollo de la infraestructura vial a través del contrato de concesión supone necesariamente la disposición de los distintos recursos técnicos y financieros que garanticen la normal ejecución de las actividades constructivas correspondientes, así como la debida gestión de la obra que permita obtener el flujo proyectado y el retorno de la inversión. En este contexto, se erige como aspecto determinante y del todo imprescindible que el constructor pueda disponer oportunamente de los predios o terrenos requeridos para intervenir el respectivo corredor vial, de manera que se trata de bienes integrados o inherentes a los planes de obras que deben ejecutarse para lograr el cumplimiento del objeto contractual.

Es por esta razón que denota marcada importancia la adquisición de los predios en el marco de un contrato de concesión de obra pública, si se tiene en cuenta que la disponibilidad de los terrenos en los que se adelantará la obra es un asunto de primer orden que antecede el desarrollo de las actividades constructivas que habrán de ejecutarse de forma secuencial o sucesiva, de acuerdo con el cronograma o programa de obra correspondiente.

A este particular aspecto se refirió el perito técnico indicando que, "*... el programa de gestión, trámite y adquisición predial debe atenderse preferiblemente de forma precedente, antes de iniciar las obras, ya que esta acción redunda en ventajas para el Concesionario y para el Proyecto, puesto que*

facilita el cumplimiento de los programas de obra, permitiendo adelantar frentes de obra por trayectos largos, lo cual aumenta la eficiencia de equipos, personal y uso de materiales, además de que permite programar los flujos de caja con las adquisiciones prediales por realizar"[253].

El riesgo de adquisición de predios surge, entonces, de la necesidad de disponer a tiempo de los terrenos para la ejecución de las obras[254], de ahí que sea considerado como "*... uno de los riesgos de la concesión que se está revelando clave en este tipo de proyectos*"[255]. Sin duda, es del todo determinante para la ejecución de las concesiones viales que se garantice en cada caso la disponibilidad oportuna de los predios requeridos a fin de poner en obra el respectivo proyecto de infraestructura, habida cuenta que la programación y los plazos de la obra podrán resultar afectados por estas especiales circunstancias, más aún cuando se trata de contratos cuyo objeto consiste en la construcción de autopistas en doble calzada, eventos en los cuales la necesidad predial será naturalmente mayor que frente a contratos que impliquen solamente actividades de rehabilitación y mantenimiento.

Sobre este particular, el documento CONPES 3107 de 2001 establece:

> *"Este riesgo está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos. El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que esta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y compra de predios."*[256]

En este entendimiento, debe considerarse que la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de un proyecto de infraestructura comprende o refiere a una serie de actividades u obligaciones que de manera concatenada se encaminan a garantizar la disponibilidad oportuna de dichos terrenos. Se trata, de una parte, de las distintas actividades que conciernen a la denominada gestión predial[257], en el marco de la cual se identifican los predios requeridos, se elaboran las fichas y planos prediales, se realizan los estudios de títulos y los

[253] Página 1 Pr12A del Informe contentivo del Dictamen Pericial Técnico.
[254] Documento CONPES 3107 de 2001.
[255] MARÍ OLANO, José: Técnicas contractuales de colaboración público-privada (i): El contrato de concesión de obra pública. EN: La colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público, La Ley, Madrid, 2009, pp. 190.
[256] En el mismo sentido señala Ernesto MATALLANA CAMACHO, en su libro Manual de contratación de la Administración pública, 3ª edición, Editorial Universidad Externado, Bogotá, 2013, pp. 999.
[257] A este respecte véase: Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

avalúos correspondientes, se adelanta la negociación directa con los propietarios y se presentan las ofertas de compra o se tramitan los distintos procedimientos necesarios para concretar la expropiación por vía administrativa o judicial, entre otras actuaciones no menos importantes, hasta lograr la entrega material del inmueble y su adecuado registro a nombre de la entidad pública contratante (art. 34, Ley 105 de 1993).

Aunado a lo anterior, hay que entender también que uno de los aspectos definitivos de la adquisición predial es lo atinente al costo o importe de los terrenos, pues todo lo que tiene que ver con la valoración y el pago del precio constituye factor determinante para garantizar la puesta a disposición de los predios con destino a la obra concesionada.

Este panorama da cuenta del alcance y el objeto de la adquisición predial y, además, deja en evidencia que en el adelanto de dicha labor pueden presentarse diversas vicisitudes o contingencias con la virtualidad de alterar el contenido de las prestaciones previstas por las partes en esta materia. Es aquí donde toma relevancia el riesgo de adquisición de predios, el cual está asociado precisamente a las situaciones sobrevinientes que devienen durante la ejecución del contrato en relación con la denominada gestión predial o con el costo de los terrenos, y que a la postre repercuten en el desarrollo de la obra al no disponerse oportunamente de los predios requeridos para la ejecución de las actividades constructivas.

La doctrina se ha referido a este tipo de riesgo indicando que el mismo está ligado, de un lado, a "*... los costes adicionales derivados de la puesta a disposición de los terrenos necesarios para la ejecución de la obra concedida*"[258] y, de otra parte, a "... *[l]a generación de imprevistos en la gestión, adquisición o expropiación de los predios*"[259]. Estas acotaciones explican de manera diáfana los motivos que pueden dar lugar a la concreción del riesgo de adquisición de predios, identificando con precisión que este riesgo se materializa por el incremento del costo o valor de los terrenos en consideración al estimado inicialmente o por las vicisitudes que puedan acaecer durante el desarrollo de las distintas actividades que conciernen a la denominada gestión predial.

A la par de lo anterior, debe hacerse mención de la denominada mayor afectación predial, circunstancia que atañe a la mayor área requerida para la

[258] MARÍ OLANO, José: Técnicas contractuales de colaboración público-privada (i): El contrato de concesión de obra pública. EN: La colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público, La Ley, Madrid, 2009, pp. 187.
[259] URUETA ROJAS, Juan Manuel: El contrato de concesión de obras públicas, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp.102.

ejecución del respectivo proyecto, en relación con la estimación predial que se tenía presupuestada al inicio de la concesión. Claramente, esta situación genera un impacto en el desarrollo del contrato, como quiera que supone la necesidad de proveer recursos adicionales que permitan cubrir estos nuevos requerimientos de orden predial, de ahí que deba valorarse como parte del riesgo correspondiente al incremento en el costo o en el valor de los predios.

En este orden de ideas, puede concluirse que el denominado riesgo de adquisición de predios se concreta o tiene lugar en dos supuestos en específico, los cuales enmarcan, a su vez, las distintas vicisitudes que pueden presentarse a este respecto: primero, por el costo adicional o el incremento en el valor de los terrenos requeridos para la ejecución del proyecto, incluyendo los eventos en que se presenta una mayor afectación predial –según quedó visto– y, segundo, por el acaecimiento de contingencias que alteren los procedimientos, trámites o actividades que atañen a la gestión predial.

Teniendo en cuenta estas precisiones referidas al riesgo de adquisición predial y, puntualmente, a los supuestos o eventos que lo concretan, es menester abordar ahora el estudio de lo pactado al respecto por los contratantes en el *sub judice*. Para tal efecto y con el fin de brindar mayor claridad sobre el particular, se tratará en primer lugar el riesgo de adquisición de predios en cuanto al costo o valor de los mismos, para abordar después lo relativo al riesgo en materia de gestión predial.

- ***El riesgo concerniente al costo de los predios***

Como se dijo antes, uno de los eventos que da lugar a la concreción del riesgo de adquisición de predios tiene que ver con el aumento del costo o el incremento del valor de los terrenos necesarios para construir las obras concesionadas, supuesto que comprende igualmente los casos en que se verifica una mayor afectación predial, debido a que ello también implica que deban proveerse recursos adicionales a los estimados en un principio.

Esta idea inicial sirve de pauta para estudiar lo acordado por las partes en el caso concreto y esclarecer en consecuencia el alcance del riesgo de adquisición de predios en lo que tiene que ver con el aumento del costo de los terrenos. De manera puntual, habrá que determinar en el *sub lite* a que parte corresponde este riesgo en concreto, en que proporciones fue asignado y, con base en ello, efectuar seguidamente las demás declaraciones a que haya lugar.

Para tal efecto, el Tribunal analizará las estipulaciones contractuales referidas al costo predial siguiendo una secuencia cronológica o histórica de lo acontecido a

este respecto –específicamente lo referido a la cláusula 37 del contrato de concesión como lo pidió la sociedad convocante en su demanda arbitral reformada–, dilucidando de esta forma lo pactado de manera explícita por los contratantes y determinando en consecuencia el alcance de esta materia en particular.

Es determinante considerar que el estudio propuesto se referirá a lo pactado expresamente en la mencionada estipulación contractual, habida cuenta que es allí donde se contiene la declaración explícita de voluntad de las partes en este sentido. Atendiendo lo indicado por la doctrina, "*[e]l punto de partida de toda actividad interpretativa debe ser la letra, cuando el contrato haya quedado redactado por escrito*"[260].

Ahora bien, analizar los antecedentes y la evolución de la referida cláusula 37, en lo que tiene que ver con el costo para la adquisición predial, permitirá comprender en detalle la voluntad real que presidió la formación y la celebración del contrato frente a este asunto en especial. Para ello, se tendrá en cuenta la génesis de la mencionada estipulación contractual, a fin de destacar posteriormente las modificaciones o cambios que se efectuaron con ocasión del pliego de condiciones, las adendas y los otrosíes suscritos después del contrato, pudiendo comprobar de esta forma el contenido y alcance de la cláusula que en definitiva ha regido la relación contractual en lo que tiene que ver con la materia en cuestión.

Esta labor hermenéutica enfocada en los antecedentes y en el transcurrir de la referida cláusula 37 dejará en evidencia los cambios que eventualmente se han dado a su redacción[261], quedando así en evidencia lo pretendido por las partes desde la confección del clausulado contractual, sin perder de vista que al tratarse de un contrato estatal era la entidad pública contratante la encargada de preparar o predefinir las condiciones correspondientes que serían aceptadas por los oferentes, pues "*... la elaboración de los pliegos de condiciones es siempre unilateral, es decir, depende única y exclusivamente de la voluntad del sujeto*

[260] DÍEZ-PICAZO, Luis: Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo I, 6ª edición, Civitas – Thomson, Navarra, 2011, pp. 501.
[261] "Los que llamamos 'antecedentes del contrato' poseen una evidente importancia en sede interpretativa. Sólo a través de ellos es posible explicar lo que el contrato representó para las partes como fenómeno vital, lo que a través de él buscaban conseguir y los propósitos que les guiaron. Los trabajos de elaboración poseen también indiscutible trascendencia. Habrán de conocerse los borradores, las minutas de contrato o incluso los contratos precedentes y sopesar los cambios experimentados en la redacción." (DÍEZ-PICAZO, Luis: Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo I, 6ª edición, Civitas – Thomson, Navarra, 2011, pp. 501)

licitante, sin necesidad de requerir el acuerdo o aporte de terceros ajenos a su ámbito"[262].

Entendiendo esta metodología, vale la pena hacer referencia inicialmente al documento CONPES 3107 de 2001, en el que se dice en relación con el riesgo predial:

> *"Este riesgo está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos. El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que esta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y compra de predios." (se subraya)*

En el estudio de estructuración del proyecto que se elaboró –por encargo de la entidad pública– previo a la apertura del procedimiento licitatorio que dio lugar a la suscripción del contrato de concesión No. GG-040-2004, esto es el informe rendido el 16 de abril de 2002 por las firmas Inverlink, Booz-Allen-Hamilton y Durán, Acero & Osorio Abogados, concerniente a la Estructuración Técnica, Legal y Financiera del Corredor Buenaventura – Bogotá [263], se refirió expresamente al aporte de los recursos requeridos para la adquisición de los predios, así:

> *"En cuanto a los recursos necesarios para la adquisición de predios, estos deberán estimarse en el Contrato y ser aportados por el Concesionario a una subcuenta especial que para estos efectos se constituya.* ***En caso que, una vez realizados los avalúos, los recursos originalmente estimados se evidencien como insuficientes, INVIAS asumirá la diferencia. Sin embargo, el Concesionario –de manera provisional– deberá aportar un monto adicional predeterminado, el cual será pagado por INVIAS con intereses remuneratorios, dentro de un plazo prudencial el cual deberá presupuestarlo****. Si la entidad estima que los mayores costos exceden la capacidad de pago de la entidad, esto podría manejarse como causal de terminación anticipada del Proyecto, por razones ajenas a las partes.*
>
> *"En todo caso deberá garantizarse en el Contrato, que el Concesionario tenga asegurados los predios requeridos antes de exigir los cierres financieros,*

[262] GÓMEZ SANCHÍS, Daniel: Pliego de condiciones. EN: Contratos Administrativos, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 220.
[263] Se precisa que el informe rendido por las firmas consultoras estaba referido a todo el corredor denominado Buenaventura – Bogotá, en el cual se recomendó precisamente que dicho corredor fuera dividido en tres grandes trayectos, a saber: Buenaventura – Buga, La Paila – Espinal y Girardot – Bogotá.

pues difícilmente se obtendrán compromisos de financiadores en firme, sin que se haya superado la contingencia de adquisición de predios, contingencia que puede afectar de manera importante los flujos del proyecto. Por supuesto, en el caso que la no adquisición de predios, no afecte la estructura financiera del proyecto, ello no tendrá las graves consecuencias que se derivarían en otros casos (causal de terminación anticipada del contrato)." –Destaca el Tribunal–

Fueron estos los términos en que las firmas consultoras recomendaron de manera general la regulación de los costos para la adquisición de los predios del proyecto y el mecanismo de aportes correspondiente, indicando al respecto que en el contrato se haría una estimación de los recursos que se destinarían para el pago de los terrenos, los cuales serían aportados por el concesionario en una subcuenta especial que se abriría para tal efecto. Ahora, si con ocasión de la realización de los avalúos llegare a verificarse que los recursos que se habían estimado resultaban insuficientes, la entidad pública contratante asumiría la diferencia.

En todo caso –continúa el informe–, el concesionario debía aportar una suma adicional predeterminada, de manera provisional, la cual sería pagada o reembolsada por la entidad pública en un plazo prudencial, reconociendo los respectivos intereses remuneratorios.

Esta recomendación contemplaba de manera general varios aspectos a destacar: primero, que sería el concesionario el responsable de aportar los recursos que inicialmente se estimarían para la compra de predios; segundo, que la entidad pública contratante asumiría la diferencia o el mayor valor que llegare a determinarse por este concepto con ocasión de los avalúos prediales; y tercero, se contemplaba un mecanismo de financiación en el evento en que los recursos inicialmente estimados resultaran insuficientes, de manera puntual, el contratista aportaría una suma adicional que sería reembolsada por la entidad pública en un tiempo predefinido, reconociendo los intereses remuneratorios correspondientes.

Estas ideas iniciales esbozaron en términos generales el mecanismo correspondiente al costo de los terrenos para el proyecto y a la forma en que serían aportados o provistos los recursos correspondientes.

El pliego de condiciones correspondiente al procedimiento licitatorio INCO No. 001 de 2003 es el punto de partida propicio para tener claridad en cuanto al origen de la referida cláusula 37.

En el referido pliego de condiciones, se anexaba el documento contentivo de la denominada minuta de contrato, en la cual se abordó y se reguló lo concerniente a la adquisición de los predios requeridos para el proyecto. De manera concreta, se contempló en los siguientes numerales lo atinente al costo de los terrenos y al mecanismo de aporte de los recursos necesarios para tal efecto, así:

> *"37.4. Una vez presentados los inventarios prediales a que se refieren los numerales 37.1 y 37.2, el INCO y el Interventor contarán con un plazo de quince (15) Días para hacer observaciones al inventario predial entregado por el Concesionario. Vencido este plazo sin que el INCO o el Interventor hayan formulado observaciones, el inventario –y el avalúo predial correspondiente– se entenderá aceptado para efectos de continuar con los trámites señalados en los numerales siguientes, sin perjuicio de posteriores observaciones o ajustes solicitados por el INCO y/o el Interventor. En caso de formularse observaciones a dicho inventario –y al avalúo predial correspondiente–, el mismo deberá ser corregido en un término prudencial fijado por INCO y/o el Interventor; en caso de persistir la diferencia, las partes podrán acudir al Amigable Componedor para que resuelva la controversia. En todo caso, el Concesionario será el único responsable de la correcta identificación y afectación de los predios, en consecuencia será responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del Proyecto, caso en el cual las sumas pagadas en exceso deberán ser reembolsadas a la Subcuenta de Predios y a la propiedad de dichos predios o terrenos será del Concesionario.*
>
> *"37.5. Si el valor total de los avalúos prediales –teniendo en cuenta la forma de pago a los propietarios– excede el valor de los recursos que están y/o estarán disponibles en la Subcuenta de Predios, según lo previsto en el numeral 37.17 de esta misma cláusula,* ***el INCO podrá comprometerse a pagar la diferencia con cargo a los recursos disponibles en la Subcuenta de Excedentes de INCO y en caso de no contar con recursos disponibles en dicha subcuenta, con cargo a las apropiaciones presupuestales con las que cuente y que sean necesarias para pagar el exceso****, teniendo en cuenta la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por el INCO.*
>
> *"37.6. Si el INCO no cuenta con dichas apropiaciones o disponibilidades presupuestales en todo o en parte, el Concesionario se compromete a aportar hasta la suma de nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000) en los momentos en que corresponda de acuerdo con la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por el INCO.* ***Los valores adicionales que aporte el Concesionario deberán ser reembolsados por el INCO en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses contados desde la fecha en que se haga cada uno de los aportes adicionales. El INCO reconocerá intereses al***

***Concesionario sobre el monto a reembolsar a una tasa de DTF más siete puntos porcentuales (7%). En caso de mora en el pago, el INCO reconocerá intereses moratorios de conformidad con lo señalado en la CLÁUSULA 66 de este Contrato**. En caso de que el faltante para predios sea superior a la suma señalada en el presente numeral el Concesionario deberá aportar la suma antes señalada e INCO deberá conseguir en un plazo máximo de dieciocho (18) meses la suma faltante. Si vencido este plazo INCO no aporta el faltante, el Concesionario podrá solicitar la terminación anticipada el Contrato.*

"(...)

*"37.17. A más tardar al finalizar el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, la Subcuenta de Predios del fideicomiso deberá contar con veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 27.000.000.000), dichos recursos para la adquisición de predios provendrán en primer lugar del recaudo de Peaje hasta el sexto mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, para lo cual dicho recaudo deberá depositarse en la Subcuenta de Predios, y, **en caso de que los ingresos derivados del recaudo de Peaje no sean suficientes para alcanzar el monto definido anteriormente, el Concesionario deberá aportar la diferencia a dicha Subcuenta**.*

"37.18. A más tardar el décimo (10) Día anterior al vencimiento del plazo de doce (12) meses calendario, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y sólo en el caso que el Concesionario no haga uso de la opción consagrada en la CLAUSULA 3, el Concesionario está obligado a aportar adicionalmente a los recaudos mencionados en el numeral 37.17 anterior, quince mil quinientos millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 15.500.000.000) los cuales deberán ser depositados en la Subcuenta de Predios.

"37.19. Los pagos que deban hacerse a los titulares de derechos sobre los predios, se harán con cargo a la Subcuenta de Predios. De ser insuficiente, se harán con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.5 y 37.6 de esta misma cláusula. El Concesionario se obliga a establecer, en el contrato de fiducia mercantil respectivo, que la Subcuenta de Predios deberá girar los valores correspondientes dentro de los diez (10) Días siguientes a la orden suscrita por el Concesionario, orden en la cual se identificará el beneficiario del pago. Cualquier error en la identificación del beneficiario de los pagos o cualquier pago realizado en exceso será atribuido al Concesionario y en consecuencia éste deberá reembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos pagados por error o en exceso." –Negrilla y subraya del Tribunal–

Puede advertirse de la lectura de los numerales citados que al momento de estructurar las condiciones atinentes al costo de los predios del proyecto y al mecanismo de aporte de los mismos, la entidad licitante tuvo en cuenta, de manera general, la recomendación efectuada en su momento por las firmas consultoras, al definir expresamente un método que contemplaba el aporte inicial de recursos por parte del concesionario y, a la par, un procedimiento de financiación para el evento en que dichos recursos iniciales resultaran insuficientes frente a los requerimientos reales de las obras. De manera puntual, se contemplaba en la cláusula así concebida que:

- Dentro de los ocho (8) meses siguientes a la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, debía depositarse la suma de $27.000'000.000 de diciembre de 2002, en la denominada Subcuenta de Predios. Este monto se aportaría con los recursos del recaudo de los peajes correspondiente a los primeros seis (6) meses contados desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y, en el evento en que dicho recaudo fuera inferior a $27.000'000.000, el concesionario tendría la obligación de realizar los aportes faltantes hasta completar la suma total.

- Si con ocasión de los avalúos que tenía que realizar el concesionario llegare a determinarse que la suma depositada en la Subcuenta de Predios, esto es, los $27.000'000.000, resultaba insuficiente para cubrir el costo o valor de los terrenos requeridos, la entidad pública ***podría comprometerse*** a pagar la diferencia o el mayor valor con cargo a la Subcuenta de Excedentes de INCO y en caso de no contar con recursos disponibles en esta subcuenta, con cargo a las apropiaciones presupuestales que cubrieran el exceso.

- Ahora, si la entidad pública no contaba con las apropiaciones o disponibilidades presupuestales para cubrir el mayor valor en el costo de los predios, el concesionario tenía que aportar hasta $9.000'000.000 de 2002 para cubrir la diferencia, distintos en todo caso a los $27.000'000.000 antes mencionados.

- A continuación, se precisaba que los ***valores adicionales*** que llegare a aportar el concesionario, vale decir, los $9.000'000.000, serían reembolsados por la entidad pública en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses contados desde la fecha en que se hicieran los respectivos aportes, reconociéndose intereses sobre el monto a reembolsar a una tasa del DTF más siete puntos porcentuales (7%), así como los intereses de mora a que hubiere lugar.

- Concluía el numeral 37.6 indicando que, en el evento en que el faltante para la compra de los predios llegase a superar "*... la suma señalada en el presente numeral*", vale decir, los $9.000'000.000, el concesionario debía aportar "*... la suma antes señalada*", esto es, los $9.000'000.000, y la entidad pública contratante debía conseguir en un plazo máximo de dieciocho (18) meses la suma faltante, so pena de que el contratista pudiera solicitar la terminación anticipada de la concesión.

- Por último, a manera de obligación modal o condicional, la cláusula precisaba que dado el caso en que el concesionario no hiciera uso de la opción consagrada en la cláusula tercera del contrato, referida a la construcción de obras alternativas (Variante Melgar), debía aportar la suma de $15.500'000.000 de diciembre de 2002 a la Subcuenta de Predios, la cual era distinta en todo caso a los $27.000'000.000 y a los $9.000'000.000 antes mencionados.

Fueron estos los términos en que el pliego de condiciones concebía originalmente lo referido al costo de los predios del proyecto y a la forma en que serían aportados los recursos correspondientes. La lectura detenida de la estipulación citada permitía entender que bajo estas condiciones, el concesionario debía garantizar inicialmente el aporte de $27.000'000.000 de 2002 a la Subcuenta de Predios y, dado el caso en que este monto no fuera suficiente para cubrir el costo de los predios y que la entidad pública no se comprometiera a pagar la diferencia con cargo a la Subcuenta de Excedentes INCO o no pudiera asumir estos mayores valores con cargo a sus apropiaciones presupuestales, el concesionario tendría que aportar hasta $9.000'000.000 de 2002 adicionales, que le serían reembolsados por la entidad pública en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses, reconociéndose por este aspecto intereses remuneratorios y de mora.

Posteriormente, con ocasión de la expedición del Adendo No. 3 al Pliego de Condiciones, fechado de diecisiete (17) de febrero de 2004[264], se modificaron algunas condiciones del pliego, unas cláusulas de la minuta del contrato y unos aspectos contenidos en los Apéndices 2, 3, 5 y 7. De manera puntual, la entidad pública licitante decidió en esa ocasión remodelar la cláusula 37 de la minuta de contrato, efectuando precisiones y variaciones que significaron un cambio importante en cuanto al costo de los predios y al aporte de los recursos necesarios para cubrir este concepto.

[264] Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folios 000257 a 000282.

En efecto, las modificaciones que se realizaron en el Adendo No. 3 implicaron un viro determinante para lo que sería a la postre la referida cláusula 37, por cuanto se extendió la responsabilidad presupuestal y financiera del concesionario en materia predial, previéndose la posibilidad del incremento de los costos requeridos para la adquisición de los predios del proyecto. Expresamente, el documento modificatorio varió la cláusula en los términos que a continuación se exponen, aclarando que se resaltan de manera puntual los cambios efectuados:

> *"37.4. Una vez presentados los inventarios prediales a que se refieren los numerales 37.1 y 37.2, el INCO y el Interventor contarán con un plazo de* ***treinta (30)*** *Días para hacer observaciones al inventario predial entregado por el Concesionario. Vencido este plazo sin que el INCO o el Interventor hayan formulado observaciones, el inventario –y el avalúo predial correspondiente– se entenderá aceptado para efectos de continuar con los trámites señalados en los numerales siguientes, sin perjuicio de posteriores observaciones o ajustes solicitados por el INCO y/o el Interventor. En caso de formularse observaciones a dicho inventario –y al avalúo predial correspondiente–, el mismo deberá ser corregido en un término prudencial fijado por INCO y/o el Interventor; en caso de persistir la diferencia, las partes podrán acudir al Amigable Componedor para que resuelva la controversia. En todo caso, el Concesionario será el único responsable de la correcta identificación y afectación de los predios, en consecuencia será responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del Proyecto, caso en el cual las sumas pagadas en exceso deberán ser reembolsadas a la Subcuenta de Predios y a la propiedad de dichos predios o terrenos será del Concesionario.*
>
> *"37.5. Si el valor total de los avalúos prediales –teniendo en cuenta la forma de pago a los propietarios– excede el valor de los recursos que están y/o estarán disponibles en la Subcuenta de Predios, según lo previsto en el numeral 37.17 de esta misma cláusula,* ***se seguirá el procedimiento establecido en el numeral 37.6 siguiente****, teniendo en cuenta la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por el INCO.*
>
> *"37.6. El Concesionario se compromete a aportar hasta la suma de nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000),* ***adicionales a los valores establecidos en el numeral 37.17 de esta misma cláusula****, en los momentos en que corresponda de acuerdo con la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por el INCO. Los valores,* ***adicionales a los nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000)****, que aporte el Concesionario deberán ser reembolsados por el INCO en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses contados desde la fecha en que se haga cada uno de los aportes adicionales. El INCO reconocerá intereses al Concesionario sobre el monto a reembolsar*

a una tasa de DTF más siete puntos porcentuales (7%). En caso de mora en el pago, el INCO reconocerá intereses moratorios de conformidad con lo señalado en la CLÁUSULA 66 de este Contrato. En caso de que el faltante para predios sea superior a la suma señalada en el presente numeral el Concesionario deberá aportar la suma antes señalada e INCO deberá conseguir en un plazo máximo de dieciocho (18) meses la suma faltante. Si vencido este plazo INCO no aporta el faltante, el Concesionario podrá solicitar la terminación anticipada el Contrato.

"(...)

"37.17. A más tardar al finalizar el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, la Subcuenta de Predios del fideicomiso deberá contar con veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 27.000.000.000), dichos recursos para la adquisición de predios provendrán en primer lugar del recaudo de Peaje hasta el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, una vez descontado el quince (15%) del recaudo, porcentaje que podrá ser utilizado por el Concesionario para la Operación y el Mantenimiento del Proyecto. De esta forma, el ochenta y cinco por ciento (85%) del recaudo de Peaje hasta el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio del Ejecución deberá depositarse en la Subcuenta de Predios, y, en caso de que los ingresos derivados del recaudo de Peaje no sean suficientes para alcanzar el monto definido anteriormente, el Concesionario deberá aportar la diferencia a dicha Subcuenta. En caso de que los ingresos derivados del recaudo de Peaje superen el monto definido anteriormente, estos recursos serán consignados en la Subcuenta Principal.

"37.18. A más tardar el décimo (10) Día anterior al vencimiento del plazo de doce (12) meses calendario, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y sólo en el caso que el Concesionario no haga uso de la opción consagrada en la CLAUSULA 3, el Concesionario está obligado a aportar adicionalmente a los recaudos mencionados en el numeral 37.17 ***y en caso de requerirse, los nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000) mencionados en el numeral 37.6, anterior****, quince mil quinientos millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 15.500.000.000) los cuales deberán ser depositados en la Subcuenta de Predios.*

"37.19. Los pagos que deban hacerse a los titulares de derechos sobre los predios, así como los costos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 4.000.000.000) generados de sobrecostos en el pago de servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos, en los términos del numeral 37.19.1. siguiente, se harán con cargo a la Subcuenta de Predios. De ser insuficiente, se harán con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario,

según lo previsto en los numerales 37.5 y 37.6 de esta misma cláusula. El Concesionario se obliga a establecer, en el contrato de fiducia mercantil respectivo, que la Subcuenta de Predios deberá girar los valores correspondientes dentro de los diez (10) Días siguientes a la orden suscrita por el Concesionario, orden en la cual se identificará el beneficiario del pago. Cualquier error en la identificación del beneficiario de los pagos o cualquier pago realizado en exceso será atribuido al Concesionario y en consecuencia éste deberá reembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos pagados por error o en exceso.

"37.19.1. Si se generan sobrecostos asociados al pago de las servidumbres y/o a la reubicación de redes de servicios públicos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 4.000.000.000), estos serán efectuados con cargo a la Subcuenta de Predios, aplicando para ello un valor por sobrecosto por kilómetro de red de servicio público reubicada de hasta setenta millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 70.000.000)

"En caso de que al totalizar los sobrecostos asociados al pago de las servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos y los costos de adquisición de predios, se supere la cifra de veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 27.000.000.000), los pagos serán realizados con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.5 y 37.6 de esta misma cláusula."

Las variaciones o modificaciones que se realizaron a la cláusula en los numerales citados dan cuenta de un cambio importante en materia de costos prediales, pero principalmente en cuanto al mecanismo contemplado para la provisión de los recursos necesarios para asumir el valor de los predios. En concreto, la modificación de la estipulación contractual significó el cambio de las condiciones en los términos que a continuación se exponen:

- Dentro de los ocho (8) meses siguientes a la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, debía depositarse la suma de $27.000'000.000 de diciembre de 2002, en la denominada Subcuenta de Predios. Este monto se aportaría con los recursos correspondientes al 85% del recaudo de los peajes durante a los primeros ocho (8) meses contados desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y, en el evento en que dicho recaudo fuera inferior a $27.000'000.000, el concesionario tendría la obligación de realizar los aportes faltantes hasta completar la suma total.

  Dos claras modificaciones se realizaron a esta específica condición: primero, se establecía que el recaudo de peajes destinado a contribuir al aporte de los $27.000'000.000, no sería ya el 100% de lo recolectado, sino

que sería el 85% de lo recaudado, pudiéndose destinar el 15% restante a la operación y mantenimiento del proyecto y, segundo, que el traslado del recaudo de los peajes que sería destinado a la Subcuenta de Predios se realizaría durante los primeros ocho (8) meses de ejecución y no por seis (6) meses como estaba contemplado en un principio.

- Si con ocasión de los avalúos que tenía que realizar el concesionario llegare a determinarse que la suma depositada en la Subcuenta de Predios, esto es, los $27.000'000.000, resultaba insuficiente para cubrir el costo o valor de los terrenos requeridos, se procedería de conformidad con lo estipulado en el numeral 37.6 siguiente.

  En este punto se suprimió la posibilidad que tenía la entidad pública contratante de asumir la diferencia o el mayor valor con cargo a la Subcuenta de Excedentes de INCO o con cargo a sus apropiaciones presupuestales. En reemplazo de esto se determinó que de llegar a requerirse para el proyecto recursos adicionales a los inicialmente estimados para la adquisición predial, esto es, a los $27.000'000.000, se aplicaría lo ordenado por el numeral 37.6.

- Así las cosas, en el evento en que los avalúos arrojasen una necesidad predial que no alcanzara a cubrirse con la suma depositada en la Subcuenta de Predios, esto es, con los $27.000'000.000, el concesionario se comprometía a aportar hasta la suma adicional de $9.000'000.000 de diciembre de 2002.

- Separada por un punto y seguido se contemplaba a continuación un supuesto según el cual, los ***valores adicionales a los $9.000'000.000*** que llegare a aportar el concesionario, serían reembolsados por la entidad pública en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses contados desde la fecha en que se efectuaran los respectivos aportes, reconociéndose intereses sobre el monto a reembolsar a una tasa del DTF más siete puntos porcentuales (7%), así como los intereses de mora a que hubiere lugar.

  Claramente se advierte que estos ***valores adicionales*** no podían confundirse con los $9.000'000.000 a que se refería la primera parte del numeral 37.6, pues, aunado a que fue precisa y concreta la modificación efectuada por la entidad pública distinguiendo estos dos conceptos, ambas proposiciones estaban separadas por un signo ortográfico –punto y

seguido– "*... tras el que comienza un nuevo enunciado*"[265] –subraya del Tribunal–.

Se entiende de esta forma que a raíz del Adendo No. 3, el mecanismo de reembolso contemplado en la cláusula *sub examine* estaba dirigido única y exclusivamente a los ***valores adicionales a los $9.000'000.000*** que proporcionara el concesionario después de los $9.000'000.000, circunstancia que deja en evidencia que sería su obligación proveer temporalmente (por 18 meses) los mayores recursos que se necesitaran para cubrir el costo de los predios por encima de los $27.000'000.000 y de los $9.000'000.000 de que trataban los numerales 37.6 y 37.17, destacando que los ***valores adicionales*** a estas sumas le serían restituidos junto con los intereses correspondientes.

Es este el punto álgido de la modificación efectuada mediante el Adendo No. 3, se advierte que la responsabilidad del concesionario en materia predial varió notablemente, por cuanto su obligación no se circunscribía ya a garantizar el aporte de $27.000'000.000 a la Subcuenta de Predios y a financiar o proveer hasta $9.000'000.000 adicionales, que le serían reembolsados de acuerdo a las condiciones antes expuestas, sino que, ahora, el contratista tenía que garantizar el aporte de los $27.000'000.000 a la Subcuenta de Predios, aportar $9.000'000.000 adicionales para cubrir el mayor costo predial, sumas que ya no le sería reembolsada, y financiar o proveer los ***valores adicionales a los $9.000'000.000*** que resultaren necesarios para cubrir los mayores costos prediales, siendo estos ***valores adicionales*** los únicos recursos que serían objeto de reembolso.

Ahora, considerando que lo anterior no denota ninguna contradicción, es importante hacer referencia a la expresión "*hasta*" contenida al inicio del numeral 37.6. Allí se estipulaba expresamente que el concesionario se comprometía a "*aportar hasta*" $9.000'000.000; sin embargo, esta preposición no puede entenderse como el límite de su responsabilidad en materia de costo predial, pues a renglón seguido la misma cláusula estipuló la obligación de proveer los ***valores adicionales a los $9.000'000.000*** que llegaren a requerirse para atender el pago de la adquisición predial, lo cual desdibuja cualquier alcance restrictivo que pudiere atribuirse a la examinada preposición.

La expresión "*aportar*" refiere a "*contribuir, añadir o dar*"[266], de ahí que deba entenderse en este punto que los $9.000'000.000 a que alude la

[265] Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
[266] Según definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

parte inicial del numeral 37.6 se daban por parte del concesionario a título de contribución o aporte, pues no serían objeto de reembolso –según quedó visto–. Por esta razón, tiene sentido la preposición "*hasta*", pues el concesionario solo debía "*aportar hasta*" $9.000'000.000, vale decir, solo tenía que dar o entregar a título de "*aporte*" o contribución esta suma en específico.

Cosa distinta eran los ***valores adicionales*** a este monto, pues estos se proveían apenas de forma temporal y tenían que ser reembolsados, es decir, no se daban por parte del contratista como aporte o contribución.

En conclusión, se tiene que conforme a estas condiciones, el concesionario debía aportar, dar o contribuir con destino a cubrir los costos prediales "*hasta*" $9.000'000.000, pero, además, tenía que proveer o proporcionar los ***valores adicionales*** que por encima de esta suma llegaren a necesitarse para cubrir el mayor costo predial, ***valores adicionales*** que de acuerdo con lo expuesto no los daba o sufragaba el concesionario, sino que los proporcionaba o preveía temporalmente mientras le eran reembolsados por la entidad pública contratante.

- Esto explica igualmente el último enunciado del numeral 37.6, según el cual, en el evento en que el faltante para la compra de los predios llegase a superar "*... la suma señalada en el presente numeral*", vale decir, los $9.000'000.000, el concesionario debía "... *aportar la suma antes señalada*", esto es, los $9.000'000.000. Por su parte, la entidad pública contratante debía conseguir en un plazo máximo de dieciocho (18) meses la suma faltante, vale decir, los ***valores adicionales a los $9.000'000.000*** que proveería o proporcionaría el concesionario para que le fuera reembolsados con los respectivos intereses remuneratorios y de mora.

  Se ha expuesto en el marco del presente trámite arbitral que este último enunciado de la cláusula suponía que la obligación del concesionario quedaba reducida al aporte de los $9.000'000.000 antes indicados, sin más[267]. Pero a juicio del Tribunal no es esto lo que debe entenderse de dicho aparte luego del Adendo No. 3, ya que dicho modificatorio, por el contrario, fue el que contempló la responsabilidad del contratista de proveer o proporcionar de manera temporal recursos adicionales a los $9.000'000.000.

[267] Alegatos de Conclusión de la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A.

Como ya se dijo, es cierto que el concesionario debía "*aportar*" la suma señalada al inicio de la cláusula 37.6, esto es, los $9.000'000.000, la cual se daría o entregaría a título de contribución o aporte. Pero ello no exoneraba al concesionario de proveer o aprovisionar temporalmente los recursos adicionales a esos $9.000'000.000, los cuales, según se indicó *supra*, serían reembolsados en un plazo máximo de dieciocho (18) meses.

Se trata, entonces, de dos responsabilidades contractuales distintas que no pueden confundirse, de un lado, la consistente en dar, sufragar o aportar $9.000'000.000, suma que ya se ha dicho no sería objeto de reembolso y, de otra parte, aquélla por la cual el contratista debía proveer o suministrar temporalmente los ***valores adicionales a los $9.000'000.000*** destinados a cubrir el mayor costo predial, sumas éstas que no se daban o sufragaban a título de aporte, sino que se proveían temporalmente o se prestaban, si se quiere utilizar este término, mientras que la entidad pública conseguía los recursos para el respectivo reembolso, dentro de un plazo máximo de dieciocho (18) meses.

- Vale destacar en último término que el numeral 37.19, modificado por el Adendo No. 3, establecía ahora que con cargo a la Subcuenta de Predios se efectuarían no solo los pagos a los titulares de derechos sobre predios, sino, también, los eventuales sobrecostos asociados al pago de las servidumbres y/o a la reubicación de redes de servicios públicos por encima de $4.000'000.000 de diciembre de 2002, estipulando a renglón seguido que si los recursos de la Subcuenta de Predios resultaban insuficientes para cubrir este concepto y lo concerniente a la adquisición de los terrenos, se procedería de conformidad con los numerales 37.5 y 37.6, antes estudiados.

Fue este al panorama que contempló el Adendo No. 3 al modificar la cláusula 37 en los numerales analizados, variando de forma importante las condiciones originalmente concebidas en materia de costo predial y, particularmente, los mecanismos dispuestos para el aporte o la provisión de los recursos necesarios para cubrir lo relacionado con la adquisición de predios. Debe señalar el Tribunal a este respecto que, si bien quedó demostrado que fueron sensibles y determinantes los cambios realizados mediante este documento precontractual, al dar lectura a la cláusula reformada puede comprenderse el alcance y el sentido de la modificación realizada y, en general, de las condiciones allí definidas.

En efecto, resumiendo las consideraciones antes expuestas relacionadas con el costo de los predios, la cláusula 37 estipulaba con ocasión del Adendo No. 3, lo

siguiente: ***primero***, que el concesionario debía garantizar un aporte inicial de $27.000.000.000 de diciembre de 2002 a la Subcuenta de Predios, para lo cual se trasladaría el 85% de los peajes recaudados durante los ocho (8) meses contados luego del Acta de Inicio de Ejecución y, en el evento en que estos recursos recaudados por concepto de peaje no alcanzaran para completar la suma indicada, el contratista tenía la responsabilidad de aportar el faltante o la diferencia; ***segundo***, si a raíz de los avalúos prediales se verificaba que la suma depositada en la Subcuenta de Predios ($27.000'000.000) era insuficiente para cubrir los costos para la adquisición de los predios, el concesionario debía aportar por su cuenta hasta $9.000'000.000 de diciembre de 2002 adicionales. Estos $9.000'000.000 no eran reembolsables y serían cubiertos, entonces, con el ingreso esperado o los demás mecanismos de remuneración del contrato; ***tercero***, que el concesionario proveería o proporcionaría temporalmente los *valores adicionales a los $9.000'000.000* antes mencionados, en el caso de requerirse recursos para cubrir los mayores costos de adquisición de predios. Los *valores adicionales a los $9.000'000.000* que aportara el contratista serían reembolsados por la entidad pública en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses contados desde la fecha de cada provisión y sobre el monto correspondiente se reconocerían intereses remuneratorios a una tasa del DTF más siete puntos porcentuales (7%), así como los intereses de mora a que hubiera lugar; y ***cuarto***, que dado el caso en que el concesionario no hiciera uso de la opción contemplada en la cláusula 3 de la minuta contractual, la cual se refería a la obra alternativa concerniente a la construcción de la denominada Variante de Melgar, debía aportar $15.500'000.000 adicionales a la Subcuenta de Predios, suma que era distinta en todo caso a los $27.000'000.000, a los $9.000'000.000 y a los *valores adicionales a los $9.000'000.000*, antes mencionados.

Estas conclusiones se desprenden de la lectura e interpretación de la cláusula 37, a partir de la cual puede dilucidarse el propósito que tenía la entidad pública licitante en cuanto a los costos prediales del proyecto, en el sentido de establecer que sería el concesionario quien proveería de manera temporal los ***valores adicionales a los $9.000'000.000*** contemplados en la parte inicial del numeral 37.6, en el evento en que se generaran mayores costos por este concepto.

Cabe destacar que este propósito y las variaciones adoptadas por el Adendo No. 3 también fueron comprendidas en su momento por los oferentes que participaron en el procedimiento de licitación INCO No. 001 de 2003. En esa oportunidad, algunas firmas interesadas en el proceso de selección formularon solicitudes de aclaración referidas a las modificaciones implantadas por el Adendo No. 3 respecto de la cláusula 37; sin embargo, llama la atención que en dichas peticiones se daba por sentado que en los términos de la nueva cláusula

sería responsabilidad del concesionario proveer valores adicionales a los $27.000'000.000 estimados inicialmente para ser depositados en la Subcuenta de Predios y a los $9.000'000.000 que habrían de aportarse en el caso que dicho monto no fuera suficiente para cubrir los costos prediales del proyecto.

Fue este el caso de la firma D&O, la cual se refirió puntualmente a la modificación efectuada por el Adendo No. 3 a la cláusula 37.6 de la minuta de contrato, solicitando al respecto que se aclarará cual sería el mecanismo de reembolso de los "*primeros*" $9.000'000.000 que debía aportar el concesionario, habida cuenta que la cláusula solo regulaba lo atinente al reembolso de los "*valores adicionales*" a dichos $9.000'000.000. Decía expresamente la petición de aclaración que:

> "*ACLARACIÓN SOLICITADA*
>
> *"a) Numeral 37.6 – CLÁUSULA 37. Solicitamos al INCO aclarar con precisión en qué forma serán remunerados los primeros nueve mil millones de Pesos de Diciembre de 2002 (COL$9.000.000.000) que de conformidad con el numeral 37.6 de la CLÁUSULA 37 deben ser aportados por el Concesionario. Lo anterior teniendo en cuenta que, en dicho numeral solamente se regula la forma en que el INCO reembolsará al Concesionario los valores adicionales a los nueve mil millones de Pesos de Diciembre de 2002 (COL$9.000.000.000), pero no se dice nada sobre la forma de reembolso de este primer aporte."* [268]
> –Subraya del Tribunal–

Para la firma en mención, era diáfana la estipulación contenida en la cláusula 37.6, luego del Adendo No. 3, referida al mecanismo de aporte de los recursos necesarios para cubrir los costos de adquisición predial, salvo lo concerniente al método de reembolso de los "*primeros nueve mil millones*". Esta duda fue resuelta de fondo por la entidad pública al indicar que esos $9.000'000.000 no eran reembolsables y, por ende, estarían cubiertos por el esquema de remuneración del contrato, vale decir, por el ingreso esperado. En palabras de la licitante se tiene lo siguiente:

> "*El valor máximo de nueve mil millones de Pesos de Diciembre de 2002 (COL$9.000.000.000) hace parte de las obligaciones generales del Concesionario, las cuales son remuneradas mediante el esquema general de remuneración previsto en el contrato, en especial por el ingreso esperado. En consecuencia ese aporte, en caso de requerirse, no será reembolsado por el INCO.*"[269]

[268] Cuaderno de Pruebas No. 65 – Folio 284, Vto.
[269] Cuaderno de Pruebas No. 65 – Folio 284, Vto.

La firma ODINSA también indagó sobre el alcance de la cláusula 37.6 de la minuta de contrato tras las modificaciones hechas por el Adendo No. 3. En su solicitud, que explicaba de manera clara y acertada las condiciones que el pliego original contemplaba en materia de costo predial y las modificaciones que se surtieron con ocasión del Adendo No. 3, se pedía a la entidad que delimitara los recursos reembolsables que debían aportarse por encima de los $9.000'000.000. Señaló la firma interesada en el proceso de selección que:

> *"11. Cláusula 37.6 – El pliego original contemplaba la obligación del concesionario de invertir una suma de $27.000 millones en predios y aportar hasta la suma adicional de $9.000 millones reembolsables por el INCO.*
>
> *"Con la modificación del adendo 3, se agrega como obligación del concesionario invertir la suma de $36.000 millones en predios y aportar una suma indeterminada adicional reembolsable por el INCO.*
>
> *"Teniendo un proyecto estresado financieramente, no vemos probable que agregarle costos ayude a su viabilidad y más cuando se adicionan obligaciones indeterminadas o indeterminables en su fase de licitación. Por tanto, nos permitimos solicitarles acotar dichos montos destinados a predios."*[270] –Subraya del Tribunal–

Advirtiendo que el Tribunal abordará más adelante el asunto a que se refería la citada petición, esto es, el alcance de la suma que debía proveer temporalmente el concesionario por encima de los $9.000'000.000 (riesgo de financiación), cabe destacar que las manifestaciones expuestas por los interesados en la licitación daban cuenta de la claridad que se tenía en la etapa precontractual sobre la responsabilidad que asumía el concesionario de proveer o proporcionar de manera temporal recursos adicionales a los $9.000'000.000, a fin de cubrir los mayores costos de adquisición de predios que llegaren a verificarse con ocasión de los avalúos prediales.

Estas acotaciones, referidas a lo acontecido durante la etapa precontractual, demuestran como los interesados en la licitación entendieron las variaciones dispuestas por el Adendo No. 3 y, en concreto, los cambios realizados en cuanto al mecanismo de aporte de los recursos necesarios para cubrir los costos de adquisición predial en el marco del proyecto de concesión. Como puede advertirse, en ningún momento se puso en duda ni se adujo falta de claridad en cuanto a la responsabilidad que tendría el contratista de proveer ***valores adicionales a los $9.000'000.000***.

[270] Cuaderno de Pruebas No. 63 – Folio 620, Vto.

Con la claridad de que dan cuenta las manifestaciones expuestas en relación con el contenido y alcance del Adendo No. 3, especialmente en lo que tenía que ver con la cláusula 37 de la minuta de contrato, el proponente denominado *Promesa de Sociedad Futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A.* presentó propuesta de contrato. En esa oportunidad, mediante documento fechado de veintiséis (26) de febrero de 2004[271], el mencionado oferente aportó la Carta de Presentación de su Propuesta, en la cual manifestaba de manera amplia e incondicional que conocía la información general del procedimiento de selección y los pliegos de condiciones correspondientes, aceptando expresamente los requisitos contenidos en los mismos. A renglón seguido, el representante legal del proponente afirmaba que habían recibido el Adendo No. 3 y, además, que aceptaban su contenido.

Decía en este sentido el documento en mención lo siguiente:

> *"El suscrito GUIDO ALBERTO NULE MARINO, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de representante legal de la Promesa de sociedad futura: CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT S.A., tal como consta en la minuta de promesa de sociedad futura, por medio de la presente me permito presentar propuesta en la Licitación Pública INCO – No. 001 DE 2003, que fue abierta por el INCO mediante resolución No. 65 de 2003.*
>
> *"Para los anteriores efectos, en la calidad anteriormente anotada, declaramos lo siguiente:*
>
> *"1. Que conocemos la información general y los pliegos de condiciones y aceptamos los requisitos en ellos contenidos. (...)*
>
> *"4. **Que hemos recibido los siguientes Adendos**: ADENDO No. 1 del 14 de noviembre de 2003, ADENDO No. 2 del 19 de diciembre de 2003, **ADENDO No. 3 del 18 de febrero de 2004**, ADENDO No. 4 del 24 de Febrero de 2004, ADENDO No. 5 del 25 de febrero de 2004 **y manifestamos que aceptamos su contenido**."*[272]

Si se tiene en cuenta que "*... los interesados en presentarse a una licitación deben examinar cuidadosamente el pliego de condiciones, porque las propuestas deben ajustarse estrictamente al mismo*"[273], es claro que la Promesa de Sociedad Futura al presentar su ofrecimiento de contrato en los términos antes mencionados, estaba aceptando en un todo el contenido y alcance de lo reglado

[271] Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folios 000370 a 000375.
[272] Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 000371.
[273] SAYAGUÉS LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo, 1974, pp. 384.

en el Adendo No. 3 y, puntualmente, las modificaciones allí establecidas en materia de costo de adquisición de predios –según quedó visto–.

Aunado a lo anterior, al evidenciar que la Promesa de Sociedad Futura no presentó solicitud de aclaración frente a este preciso asunto durante la etapa precontractual y, por el contrario, expresó su aceptación irrestricta frente al Adendo No. 3, debe deducirse de su comportamiento que para ese momento comprendía el contenido y alcance de las condiciones referidas al costo predial y a la fórmula estipulada para realizar los aportes necesarios para la adquisición de los predios del proyecto.

No menos importante resulta el hecho consistente en que, durante la etapa precontractual, los interesados en el respectivo procedimiento licitatorio tienen acceso y pueden conocer a plenitud las diferentes observaciones o manifestaciones que los demás formulen en relación con las condiciones contenidas en el pliego. Por tanto, es claro que en su momento la Promesa de Sociedad Futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. pudo conocer las solicitudes de aclaración formuladas, entre otras, por las firmas D&O y ODINSA –antes estudiadas–, de ahí que hubieren advertido con base en ello que de acuerdo con la cláusula 37.6 de la minuta contractual, modificada por el Adendo No. 3, era responsabilidad del concesionario proveer ***valores adicionales a los $9.000'000.000*** que se contemplaban en la parte inicial de dicho numeral.

Así las cosas, considerando que la Promesa de Sociedad Futura manifestó su aceptación incondicional frente a las condiciones definidas en el pliego y en los respectivos Adendos, precisando incluso que conocía y aceptaba el contenido del Adendo No. 3, sin manifestar al respecto inquietud o duda alguna en relación con lo allí establecido en materia de costo predial, es del todo llamativo que fuera durante la ejecución contractual que se controvirtiera el contenido y alcance de la referida cláusula 37, por adolecer de una supuesta falta de claridad, circunstancia que durante la etapa precontractual no generó dubitación alguna, pese al conocimiento oportuno de la Adenda No. 3 y a su aceptación expresa.

Es determinante el análisis expuesto en relación con el Adendo No. 3, habida cuenta que la cláusula 37 de la minuta de contrato, con las reformas realizadas mediante este documento precontractual, fue en últimas la que se estipuló en el contrato de concesión No. GG-040-2004. Es por tanto relevante lo que se ha dicho en la precedencia respecto del contenido y alcance de las responsabilidades y obligaciones concernientes al costo de adquisición de predios, como quiera que los cambios que frente a este asunto en particular se concretaron en el Adendo No. 3 fueron plasmados posteriormente en el contrato de concesión que a la postre regiría la relación contractual.

En efecto, acogiendo los mismos términos contemplados en el Adendo No. 3 para la cláusula 37, el contrato de concesión No. GG-040-2004 reprodujo la estipulación con las variaciones que se habían efectuado en este documento precontractual, concretando de esta forma las condiciones referidas al costo para la adquisición predial en los siguientes términos:

> *"37.4. Una vez presentados los inventarios prediales a que se refieren los numerales 37.1 y 37.2, el INCO y el Interventor contarán con un plazo de treinta (30) Días para hacer observaciones al inventario predial entregado por el Concesionario. Vencido este plazo sin que el INCO o el Interventor hayan formulado observaciones, el inventario –y el avalúo predial correspondiente– se entenderá aceptado, para efectos de continuar con los trámites señalados en los numerales siguientes, sin perjuicio de posteriores observaciones o ajustes solicitados por el INCO y/o el Interventor. En caso de formularse observaciones a dicho inventario –y al avalúo predial correspondiente–, el mismo deberá ser corregido en un término prudencial fijado por INCO y/o el Interventor; en caso de persistir la diferencia, las partes podrán acudir al Amigable Componedor para que resuelva la controversia. En todo caso, el Concesionario será el único responsable de la correcta identificación y afectación de los predios, en consecuencia será responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del Proyecto, caso en el cual las sumas pagadas en exceso deberán ser reembolsadas a la Subcuenta de Predios y a la propiedad de dichos predios o terrenos será del Concesionario.*
>
> *"37.5. Si el valor total de los avalúos prediales –teniendo en cuenta la forma de pago a los propietarios– excede el valor de los recursos que están y/o estarán disponibles en la Subcuenta de Predios, según lo previsto en el numeral 37.17 de esta misma cláusula, se seguirá el procedimiento establecido en el numeral 37.6 siguiente, teniendo en cuenta la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por el INCO.*
>
> *"37.6. El Concesionario se compromete a aportar hasta la suma de nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000), adicionales a los valores establecidos en el numeral 37.17 de esta misma cláusula, en los momentos en que corresponda de acuerdo con la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por el INCO. Los valores, adicionales a los nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000), que aporte el Concesionario deberán ser reembolsados por el INCO en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses contados desde la fecha en que se haga cada uno de los aportes adicionales. El INCO reconocerá intereses al Concesionario sobre el monto a reembolsar a una tasa de DTF más siete puntos porcentuales (7%). En caso de mora en*

el pago, el INCO reconocerá intereses moratorios de conformidad con lo señalado en la CLÁUSULA 66 de este Contrato. En caso de que el faltante para predios sea superior a la suma señalada en el presente numeral el Concesionario deberá aportar la suma antes señalada e INCO deberá conseguir en un plazo máximo de dieciocho (18) meses la suma faltante. Si vencido este plazo INCO no aporta el faltante, el Concesionario podrá solicitar la terminación anticipada el Contrato.

"(...)

"37.17. A más tardar al finalizar el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, la Subcuenta de Predios del fideicomiso deberá contar con veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 27.000.000.000), dichos recursos para la adquisición de predios provendrán en primer lugar del recaudo de Peaje hasta el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, una vez descontado el quince (15%) del recaudo, porcentaje que podrá ser utilizado por el Concesionario para la Operación y el Mantenimiento del Proyecto. De esta forma, el ochenta y cinco por ciento (85%) del recaudo de Peaje hasta el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio del Ejecución deberá depositarse en la Subcuenta de Predios, y, en caso de que los ingresos derivados del recaudo de Peaje no sean suficientes para alcanzar el monto definido anteriormente, el Concesionario deberá aportar la diferencia a dicha Subcuenta. En caso de que los ingresos derivados del recaudo de Peaje superen el monto definido anteriormente, estos recursos serán consignados en la Subcuenta Principal.

"37.18. A más tardar el décimo (10) Día anterior al vencimiento del plazo de doce (12) meses calendario, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y sólo en el caso que el Concesionario no haga uso de la opción consagrada en la CLAUSULA 3, el Concesionario está obligado a aportar adicionalmente a los recaudos mencionados en el numeral 37.17 y en caso de requerirse, los nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000) mencionados en el numeral 37.6, anterior, quince mil quinientos millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 15.500.000.000) los cuales deberán ser depositados en la Subcuenta de Predios.

"37.19. Los pagos que deban hacerse a los titulares de derechos sobre los predios, así como los costos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 4.000.000.000) generados de sobrecostos en el pago de servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos, en los términos del numeral 37.19.1. siguiente, se harán con cargo a la Subcuenta de Predios. De ser insuficiente, se harán con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.5 y 37.6 de esta misma cláusula. El Concesionario se obliga a establecer, en el contrato de fiducia mercantil

respectivo, que la Subcuenta de Predios deberá girar los valores correspondientes dentro de los diez (10) Días siguientes a la orden suscrita por el Concesionario, orden en la cual se identificará el beneficiario del pago. Cualquier error en la identificación del beneficiario de los pagos o cualquier pago realizado en exceso será atribuido al Concesionario y en consecuencia éste deberá reembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos pagados por error o en exceso.

"37.19.1. Si se generan sobrecostos asociados al pago de las servidumbres y/o a la reubicación de redes de servicios públicos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 4.000.000.000), estos serán efectuados con cargo a la Subcuenta de Predios, aplicando para ello un valor por sobrecosto por kilómetro de red de servicio público reubicada de hasta setenta millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 70.000.000)

"En caso de que al totalizar los sobrecostos asociados al pago de las servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos y los costos de adquisición de predios, se supere la cifra de veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 27.000.000.000), los pagos serán realizados con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.5 y 37.6 de esta misma cláusula."

Como es correcto, nada cambió entre el Adendo No. 3 tantas veces mencionado y el contrato de concesión No. GG-040-2004, en lo que tiene que ver con la citada estipulación contractual. Por tanto, el contenido y el alcance de las condiciones referidas al costo para la adquisición de predios no cambiaron frente a lo expuesto *supra* al estudiar el referido Adendo No. 3. En otras palabras, al observar que en el contrato se trascribió fielmente lo que el Adendo No. 3 había dispuesto en relación con la cláusula 37, hay que concluir que las consideraciones que arriba se efectuaron frente a este documento precontractual aplican sin matiz ni diferencia alguna para el contrato de concesión.

Bajo este entendimiento, el Tribunal reitera que según lo dispuesto en los numerales antes citados de la cláusula 37 del contrato de concesión No. GG-040-2004, era responsabilidad del concesionario, ***primero***, garantizar un aporte inicial de $27.000'000.000 de diciembre de 2002 que se depositarían en la Subcuenta de Predios, durante los primeros ocho (8) meses contados a partir del Acta de Inicio de Ejecución. Para este fin se destinaría el 85% del recaudo de los peajes durante este plazo y, de no ser suficiente con ello, el contratista aportaría la diferencia para completar el monto indicado; ***segundo***, de llegar a verificarse con ocasión de los avalúos prediales que la suma de $27.000'000.000 no alcanzaba para cubrir los costos para la adquisición de los predios, el concesionario tenía que contribuir o aportar adicionalmente y por su cuenta hasta

$9.000'000.000 de diciembre de 2002, monto que no sería objeto de reembolso; ***tercero***, dado el caso en que estas dos sumas no fueran suficientes para costear la adquisición predial, el concesionario asumía la responsabilidad de proveer, proporcionar o prestar de manera temporal los *valores adicionales a los $9.000'000.000* que se necesitaran para al efecto, los cuales serían reembolsados por la contratante en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses contados desde el momento en que se realizara cada provisión, destacándose en este sentido que sobre estos montos se reconocerían intereses remuneratorios a una tasa del DTF más siete puntos porcentuales (7%) y los intereses de mora correspondientes en el caso de incumplirse dicho plazo; y ***cuarto***, que si el concesionario no hiciere uso de la opción contemplada en la cláusula 3, referida a la posibilidad de construir la denominada Variante de Melgar, debía aportar $15.500'000.000 adicionales a la Subcuenta de Predios, suma que era distinta en todo caso a los $27.000'000.000, a los $9.000'000.000 y a los *valores adicionales a los $9.000'000.000*, antes mencionados.

Estas consideraciones se desprenden directamente de los documentos precontractuales y la letra del contrato.

Se destaca puntualmente la expresión contenida en el segundo enunciado del numeral 37.6, según la cual, *"[l]os valores, adicionales a los nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000), que aporte el Concesionario deberán ser reembolsados por el INCO"*. Esta proposición, que fue agregada por el Adendo No. 3 que reestructuró lo concerniente al costo predial, unida al hecho de que al Concesionario le correspondía de conformidad con las cláusulas 12.3 y 14.5, aportar la financiación total de los recursos requeridos para el proyecto, deja en evidencia que era responsabilidad del concesionario proveer, proporcionar o prestar valores adicionales a esos $9.000'000.000, de tal manera que ante esta declaración explícita no cabe un entendimiento distinto, pues, *"... si los términos son precisos y claros, si no dan lugar a duda alguna, 'hay que atenerse a su letra, dice Laurent, porque en este caso no cabe interpretación'"*[274].

Para el Tribunal, la letra del contrato en el *sub lite* se explica por sí sola, más aún cuando se conocieron los términos en que resultó modificada la cláusula 37 tras la expedición del Adendo No. 3, los cuales dejaron en evidencia la mutación que tuvo esta específica estipulación contractual, así como la intención o el pensamiento de la entidad pública licitante en cuanto al alcance de las responsabilidades relacionadas con el costo de adquisición de predios.

[274] CLARO SOLAR, Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno, Tomo III, Imprenta Nacimiento, Santiago, 1939, pp. 17.

Según lo estipulado en la cláusula 37 del contrato de concesión No. GG-040-2004, es claro que el concesionario asumió la responsabilidad de proveer, proporcionar o prestar temporalmente ***valores adicionales a los $9.000'000.000*** contemplados en la parte inicial del numeral 37.6, para la adquisición de predios, lo cual se advierte al dar lectura a la cláusula cuando señala que, "*[l]os valores, adicionales a los nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000), que aporte el Concesionario deberán ser reembolsados por el INCO*".

Con posterioridad a la celebración del contrato de concesión No. GG-040-2004, los contratantes suscribieron el Otrosí No. 4 de veinticuatro (24) de mayo de 2005, documento en el cual se modificó la cláusula 37 en su numeral 37.17. El cambio efectuado en esa ocasión se refería únicamente a reformar el momento a partir del cual se comenzarían a contar los ocho (8) meses durante los cuales se trasladaría el recaudo del 85% de los peajes con destino a la Subcuenta Predial.

De manera puntual, se estipuló que este plazo ya no se computaría a partir del Acta de Inicio de Ejecución, sino que se haría desde la Suscripción del Acta de Entrega de los trayectos de la concesión. A continuación se relacionan nuevamente los numerales concernientes al costo de adquisición predial, subrayando los cambios efectuados por el Otrosí No. 4:

> "*37.4. Una vez presentados los inventarios prediales a que se refieren los numerales 37.1 y 37.2, el INCO y el Interventor contarán con un plazo de treinta (30) Días para hacer observaciones al inventario predial entregado por el Concesionario. Vencido este plazo sin que el INCO o el Interventor hayan formulado observaciones, el inventario –y el avalúo predial correspondiente– se entenderá aceptado, para efectos de continuar con los trámites señalados en los numerales siguientes, sin perjuicio de posteriores observaciones o ajustes solicitados por el INCO y/o el Interventor. En caso de formularse observaciones a dicho inventario –y al avalúo predial correspondiente–, el mismo deberá ser corregido en un término prudencial fijado por INCO y/o el Interventor; en caso de persistir la diferencia, las partes podrán acudir al Amigable Componedor para que resuelva la controversia. En todo caso el Concesionario será el único responsable de la correcta identificación y afectación de los predios, en consecuencia será responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del Proyecto, caso en el cual las sumas pagas (sic) en exceso deberán ser reembolsadas a la Subcuenta de Predios y a la propiedad de dichos predios o terrenos será del Concesionario.*
>
> "*37.5. Si el valor total de los avalúos prediales –teniendo en cuenta la forma de pago a los propietarios– excede el valor de los recursos que están y/o estarán disponibles en la Subcuenta de Predios, según lo previsto en el*

numeral 37.17 de esta misma cláusula, se seguirá el procedimiento establecido en el numeral 37.6 siguiente, teniendo en cuenta la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por el INCO..

"37.6. El Concesionario se compromete a aportar hasta la suma de nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000) adicionales a los valores establecidos en el numeral 37.17 de esta misma cláusula, en los momentos en que corresponda de acuerdo con la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por el INCO. Los valores, adicionales a los nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000) que aporte el Concesionario deberán ser reembolsados por el INCO en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses contados desde la fecha en que se haga cada uno de los aportes adicionales. El INCO reconocerá intereses al Concesionario sobre el monto a reembolsar a una tasa de DTF más siete puntos porcentuales (7%). En caso de mora en el pago el INCO reconocerá intereses moratorios de conformidad con lo señalado en la CLÁUSULA 66 de este Contrato. En caso de que el faltante para predios sea superior a la suma señalada en el presente numeral el Concesionario deberá aportar la suma antes señalada e INCO deberá conseguir en un plazo máximo de dieciocho (18) meses la suma faltante. Si vencido este plazo INCO no aporta el faltante, el Concesionario podrá solicitar la terminación anticipada el Contrato.

"(...)

"37.17. A más tardar al finalizar el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Entrega de los Trayectos de la concesión en el proyecto de concesión, la Subcuenta de Predios del fideicomiso deberá contar con veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 27.000.000.000), dichos recursos para la adquisición de predios provendrán en primer lugar del recaudo de Peaje hasta el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Entrega de los Trayectos de la concesión en el proyecto de concesión, una vez descontado el quince (15%) del recaudo, porcentaje que podrá ser utilizado por el Concesionario para la Operación y el Mantenimiento del Proyecto. De esta forma, el ochenta y cinco por ciento (85%) del recaudo de Peaje hasta el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Entrega de los Trayectos de la concesión en el proyecto de concesión deberá depositarse en la Subcuenta de Predios, y, en caso de que los ingresos derivados del recaudo de Peaje no sean suficientes para alcanzar el monto definido anteriormente, el Concesionario deberá aportar la diferencia a dicha Subcuenta. En caso de que los ingresos derivados del recaudo de Peaje superen el monto definido anteriormente, estos recursos serán consignados en la Subcuenta Principal.

"37.18. A más tardar el décimo (10) Día anterior al vencimiento del plazo de doce (12) meses calendario, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y sólo en el caso que el Concesionario no haga uso de la opción consagrada en la CLAUSULA 3, el Concesionario está obligado a aportar adicionalmente a los recaudos mencionados en el numeral 37.17. y en caso de requerirse, los nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000) mencionados en el numeral 37.6 anterior, quince mil quinientos millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 15.500.000.000) los cuales deberán ser depositados en la Subcuenta de Predios.

"37.19. Los pagos que deban hacerse a los titulares de derechos sobre los predios, así como los costos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 4.000.000.000) generados de sobrecostos en el pago de servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos, en los términos del numeral 37.19.1. siguiente, se harán con cargo a la Subcuenta de Predios. De ser insuficiente, se harán con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario según lo previsto en los numerales 37.5 y 37.6 de esta misma cláusula. El Concesionario se obliga a establecer, en el contrato de fiducia mercantil respectivo, que la Subcuenta de Predios deberá girar los valores correspondientes dentro de los diez (10) Días siguientes a la orden suscrita por el Concesionario, orden en la cual se identificará el beneficiario del pago. Cualquier error en la identificación del beneficiario de los pagos o cualquier pago realizado en exceso será atribuido al Concesionario y en consecuencia éste deberá reembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos pagados por error o en exceso.

"37.19.1. Si se generan sobrecostos asociados al pago de las servidumbres y/o a la reubicación de redes de servicios públicos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 4.000.000.000), estos serán efectuados con cargo a la Subcuenta de Predios, aplicando para ello un valor por sobrecosto por kilómetro de red de servicio público reubicada de hasta setenta millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 70.000.000)

"En caso de que al totalizar los sobrecostos asociados al pago de las servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos y los costos de adquisición de predios, se supere la cifra de veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 27.000.000.000), los pagos serán realizados con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.5 y 37.6 de esta misma cláusula." –Subraya del Tribunal–

Como se dijo antes, la modificación del numeral 37.17 de la citada cláusula 37, se circunscribió a definir el parámetro temporal inicial que se tendría en cuenta para computar los ocho (8) meses durante los cuales se trasladaría el recaudo del 85% de los peajes con destino a la Subcuenta Predial, contemplándose en

este sentido que dicho plazo no se computaría a partir del Acta de Inicio de Ejecución, sino desde la suscripción del Acta de Entrega de los trayectos de la concesión.

El diecinueve (19) de agosto de 2005, los contratantes celebraron un nuevo modificatorio referido a la cláusula 37. Se trató del Otrosí No. 6, documento que introdujo varios cambios en materia de gestión predial, puntualmente, en lo que tenía que ver con los procedimientos de enajenación o expropiación de los predios; sin embargo, en lo concerniente al costo de adquisición de predios y a la fórmula prevista para el aprovisionamiento de los recursos requeridos para tal fin, no se modificaron las condiciones hasta aquí estudiadas, más allá del cambio de la numeración que sufrió la cláusula 37.

Con ocasión del Otrosí No. 6, la cláusula 37, en los numerales que han sido objeto de estudio hasta el momento, quedó así:

> *"37.4. Verificado el inventario predial entregado y de acuerdo con el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de Predios, el Concesionario deberá iniciar la etapa de enajenación voluntaria para la adquisición de los predios requeridos. Dicha enajenación se realizará de conformidad con los procedimientos, términos y plazos previstos para el efecto en las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997, así como en las demás normas que las modifiquen, adicionen, reglamenten o subroguen, para tal efecto.*
>
> *"37.5. Suscrita la oferta de compra, el Concesionario se obliga a notificar la misma y acto seguido remitirá al INCO el oficio y documentos necesarios para solicitar el correspondiente registro ante la oficina de instrumentos públicos.*
>
> *"37.6. Aceptada la oferta de compra por los propietarios el Concesionario deberá proyectar para la firma del INCO las correspondientes promesas de compraventa y/o minutas de compraventa.*
>
> *"37.7. Los plazos y términos en que se debe desarrollar el procedimiento de enajenación voluntaria se sujetarán a los señalados por la ley para el efecto.*
>
> *"37.8. El plazo para entrega de las ofertas de compra para formular observaciones, realizar correcciones y para su revisión, suscripción y notificación es el establecido en el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de Predios.*
>
> *"37.9. En todo caso, el Concesionario será el único responsable de la correcta identificación de los predios y de las áreas a comprar, en consecuencia será responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas, caso en el cual las sumas pagadas en exceso o en defecto*

deberán ser reembolsadas a la Subcuenta de Predios y/o pagadas y la propiedad de dichos predios o terrenos se transferirá al Concesionario.

"37.10. Si el valor total de los avalúos prediales excede el valor de los recursos que están y/o estarán disponibles en la Subcuenta de Predios, según lo previsto en el numeral 37.20 de esta misma cláusula, se seguirá el procedimiento establecido en el numeral 37.11 siguiente.

"37.11. El Concesionario se compromete a aportar hasta la suma de nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000) adicionales a los valores establecidos en el numeral 37.19 de esta misma cláusula, en los momentos en que corresponda de acuerdo con la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por el INCO. Los valores, adicionales a los nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000) que aporte el Concesionario deberán ser reembolsados por el INCO en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses contados desde la fecha en que se haga cada uno de los aportes adicionales. El INCO reconocerá intereses al Concesionario sobre el monto a reembolsar a una tasa de DTF más siete puntos porcentuales (7%). En caso de mora en el pago el INCO reconocerá intereses moratorios de conformidad con lo señalado en la CLÁUSULA 66 de este Contrato. En caso de que el faltante para predios sea superior a la suma señalada en el presente numeral el Concesionario deberá aportar la suma antes señalada e INCO deberá conseguir en un plazo máximo de dieciocho (18) meses la suma faltante. Si vencido este plazo INCO no aporta el faltante, el Concesionario podrá solicitar la terminación anticipada el Contrato.

"(...)

"37.19. A más tardar al finalizar el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Entrega de los Trayectos de la concesión en el proyecto de concesión, la Subcuenta de Predios del fideicomiso deberá contar con veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 27.000.000.000), dichos recursos para la adquisición de predios provendrán en primer lugar del recaudo de Peaje hasta el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Entrega de los Trayectos de la concesión en el proyecto de concesión, una vez descontado el quince (15%) del recaudo, porcentaje que podrá ser utilizado por el Concesionario para la Operación y el Mantenimiento del Proyecto. De esta forma, el ochenta y cinco por ciento (85%) del recaudo de Peaje hasta el octavo mes contado desde la suscripción del Acta de Entrega de los Trayectos de la concesión en el proyecto de concesión deberá depositarse en la Subcuenta de Predios, y, en caso de que los ingresos derivados del recaudo de Peaje no sean suficientes para alcanzar el monto definido anteriormente, el Concesionario deberá aportar la diferencia a dicha Subcuenta. En caso de que los ingresos derivados del

recaudo de Peaje superen el monto definido anteriormente, estos recursos serán consignados en la Subcuenta Principal.

"37.20. A más tardar el décimo (10) Día anterior al vencimiento del plazo de doce (12) meses calendario, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y sólo en el caso que el Concesionario no haga uso de la opción consagrada en la CLAUSULA 3, el Concesionario está obligado a aportar adicionalmente a los recaudos mencionados en el numeral 37.17. y en caso de requerirse, los nueve mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 9.000.000.000) mencionados en el numeral 37.11 anterior, quince mil quinientos millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 15.500.000.000) los cuales deberán ser depositados en la Subcuenta de Predios.

"37.21. Los pagos que deban hacerse a los titulares de derechos sobre los predios, así como los costos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 4.000.000.000) generados de sobrecostos en el pago de servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos, en los términos del numeral 37.21.1. siguiente, se harán con cargo a la Subcuenta de Predios. De ser insuficiente, se harán con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario según lo previsto en los numerales 37.10 y 37.11 de esta misma cláusula. El Concesionario se obliga a establecer, en el contrato de fiducia mercantil respectivo, que la Subcuenta de Predios deberá girar los valores correspondientes dentro de los diez (10) Días siguientes a la orden suscrita por el Concesionario, orden en la cual se identificará el beneficiario del pago. Cualquier error en la identificación del beneficiario de los pagos o cualquier pago realizado en exceso será atribuido al Concesionario y en consecuencia éste deberá reembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos pagados por error o en exceso.

"37.21.1. Si se generan sobrecostos asociados al pago de las servidumbres y/o a la reubicación de redes de servicios públicos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 4.000.000.000), estos serán efectuados con cargo a la Subcuenta de Predios, aplicando para ello un valor por sobrecosto por kilómetro de red de servicio público reubicada de hasta setenta millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 70.000.000)

"En caso de que al totalizar los sobrecostos asociados al pago de las servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos y los costos de adquisición de predios, se supere la cifra de veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$ 27.000.000.000), los pagos serán realizados con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.10 y 37.11 de esta misma cláusula." –Subraya del Tribunal–

Como se observa, al celebrarse el Otrosí No. 6 permanecieron incólumes las condiciones relacionadas con el costo predial y el mecanismo de aporte de los recursos necesarios para tal efecto, resultando modificadas únicamente las estipulaciones referidas a la denominada ***gestión predial***, según quedó visto. Vale destacar simplemente el cambio de numeración que tuvo lugar tras este documento modificatorio, conforme a lo cual, el tantas veces mencionado numeral 37.6 se identificaba ahora como 37.11.

En este orden de ideas, el Tribunal debe manifestar que los mencionados otrosíes no tuvieron repercusión en el esquema definido por el contrato en materia de costo de adquisición de predios. Así mismo, hay que señalar que al revisar lo acordado por las partes en el Otrosí No. 14 de dieciocho (18) de diciembre de 2006 y el Otrosí No. 17 de veintinueve (29) de abril de 2008, puede advertirse que a través de los mismos tampoco resultó modificado el esquema definido en la cláusula 37 en relación al costo predial y al aprovisionamiento de los recursos necesarios para tal efecto.

Concretamente, el Otrosí No. 14 se refirió a la adquisición de los predios que se requerían para ejecutar las obras adicionales que habían sido pactadas en el marco del Otrosí No. 8 de veintiséis (26) de octubre de 2005[275], aclarando al respecto que dentro del presupuesto que se había definido para ejecutar las obras concernientes a la construcción de las calzadas mixtas y las intersecciones denominadas Terreros, San Mateo y 3M ubicadas en el Trayecto 1 del proyecto, no estaban contemplados los valores requeridos para el pago de los terrenos correspondientes.

Por su parte, en cuanto al Otrosí No. 17, debe indicarse que si bien se estipularon allí condiciones relevantes en materia de ***gestión predial*** a fin de

[275] Se estableció expresamente en el Otrosí No. 14 lo siguiente:
"CONSIDERACIONES (...)
"IV. CORRECCIÓN AL OTROSÍ No. 8. CLÁUSULA SEGUNDA. (...)
"*17. Que la Interventoría advirtió mediante escrito enviado por correo electrónico las inconsistencias entre la descripción dada en la cláusula segunda del otrosí No. 8 y el presupuesto general de las obras adicionales, indicando lo siguiente:*
"- Mientras que el presupuesto de CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL MILLONES DE PESOS ($164.000.000.000) se elaboró con base en los montos presupuestados para los numerales 1 a 11 y 21 a 23 en el valor estimado se describen como integrantes de este valor los numerales 1 a 11 y 23, resultando que los numerales 21 y 22 no se tienen en cuenta a pesar de estar incluidos en el valor del presupuesto.
"- En el presupuesto elaborado para establecer el valor del otrosí No. 8 (cláusula segunda) no se incluyó el numeral 10) Predios del proyecto, mientras que en la descripción sí estaban comprendidos. (...)
"CLÁUSULA QUINTA. Aclarar la cláusula segunda del otrosí No. 8 Contrato de Concesión GG-040-2004, la cual quedará de la siguiente manera:
"'El valor estimado de la inversión de las obras descritas en los numerales 1 a 9, 11, y 21 a 23 es de CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL MILLONES DE PESOS ($164.000.000.000) de agosto de 2005, incluido IVA y se desagrega tal como se muestra en el anexo 1 PRESUPUESTO GENERAL DE LAS OBRAS ADICIONALES.'" –Subraya el Tribunal–

adicionar y complementar lo dispuesto al respecto en la cláusula 37[276], dicha estipulación contractual no fue modificada en lo que tenía que ver con el costo de adquisición de predios y con el mecanismo de aporte de los valores necesarios para el pago de los terrenos del proyecto.

Este panorama permite al Tribunal advertir que, tratándose puntualmente del riesgo concerniente al costo de la adquisición de los predios, esto es, de los recursos requeridos para la compra de los terrenos del proyecto, fue la cláusula 37 del contrato de concesión No. GG-040-2004, en sus condiciones originalmente acordadas, la que se encargó de establecer la matriz o el esquema correspondiente a esta contingencia en particular, estipulando en tal sentido que el riesgo alusivo al costo de los predios sería compartido entre el concesionario y la entidad pública contratante.

Lo anterior tiene sustento precisamente en las consideraciones que se han puesto de presente en las páginas precedentes, donde se ha expuesto con amplitud el contenido y alcance de las responsabilidades que la cláusula 37 atribuyó a cada uno de los contratantes en relación con el costo de adquisición de predios, las cuales vale la pena recordar en este punto del análisis, para lo cual se tomará lo dicho por la firma EQUITY, en cuyo dictamen pericial financiero se abordó lo tocante al costo predial, en los siguientes términos:

> *"En conclusión, se puede inferir entonces que, a través del numeral 37.11 de la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. GG-040-2004, le es asignado como compromiso contractual al Concesionario el aporte de COP 36,000 MM de diciembre de 2002 para la adquisición de predios, el cual está conformado por dos componentes. En primer lugar, por los COP 27,000 MM de diciembre de 2002 que se estimaron para la adquisición de predios, los cuales estarían*

[276] Se expresó en las consideraciones del Otrosí No. 17 que:
"7. Que la cláusula 37 del contrato de concesión GG-040-2004 fue modificado por la cláusula octava del Otrosí No. 4 de 24 de mayo de 2005, y ésta a su vez modificada por el Otrosí No. 6 de 19 de agosto de 2005, manteniendo siempre un esquema de asunción conjunta de responsabilidad de ejecución predial entre el INCO y el CONCESIONARIO.
"8. Que no obstante los esfuerzos para agilizar la adquisición predial, la actual distribución de obligaciones establecidas en la cláusula 37 del contrato de concesión GG-040-2004 (modificada mediante otrosí No. 6 de 19 de agosto de 2005), dificulta de forma considerable el procedimiento para ambas partes al generar una evidente duplicidad de funciones que hace cada vez más engorrosa la culminación de cada trámite si se tiene en cuenta de una parte la cantidad de predios en proceso de adquisición en relación con la cantidad de documentos que deben tramitarse individualmente para cada predio; y de otra, que cada proyecto de documento es objeto de revisión legal y técnica por parte del CONCESIONARIO previo a su remisión a INCO y al llegar a la entidad debe ser revisado nuevamente para su aprobación y suscripción por parte del funcionario delegado para el efecto, y en este sentido el esquema de asunción conjunta de responsabilidades de ejecución predial impide lograr la agilidad necesaria para la adquisición de los predios requeridos, lo que genera consecuencias negativas tanto para la eficiente adquisición de predios por parte del CONCESIONARIO, como para el ejercicio del debido control y vigilancia de la gestión por parte del INCO."

principalmente solventados por el 85% del recaudo de los peajes durante el lapso de tiempo comprendido entre la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato hasta el octavo mes, y cuyo diferencial debería ser aportado por el concesionario si el ingreso recaudado por peaje no totalizara los COP 27,000 MM de diciembre de 2002. El segundo componente de este aporte total corresponde a los COP 9,000 MM de diciembre de 2002 que contribuiría el concesionario en caso que los COP 27,000 MM de diciembre de 2002 estimados previamente no fueran suficientes.

"Sin embargo, si después del aporte de COP 36,000 MM de diciembre de 2002 por parte del concesionario, estos recursos no alcanzaran para realizar la totalidad de la labor de adquisición predial, el INCO se compromete a reembolsar los recursos en exceso aportados por el Concesionario para desarrollar esta labor en un plazo máximo de 18 meses con el reconocimiento de un interés del DTF + 7%."[277]

Estas consideraciones, que son del todo consecuentes y acordes a lo expuesto por el Tribunal frente a la cláusula 37, son las que dan lugar a concluir que en el caso concreto, el riesgo atinente al costo de adquisición de los predios del proyecto es compartido entre ambos contratantes, como quiera que en cabeza de los dos se atribuyeron contingencias específicas en esta materia.

En efecto, según lo estipulado en la cláusula 37, las responsabilidades que le correspondían a cada contratante en cuanto al costo predial fueron asignadas así:

- El contratista garantizaría el aporte inicial de $27.000'000.000 a la Subcuenta de Predios, para lo cual se trasladaría el 85% del recaudo de peaje durante ocho (8) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Entrega de los Trayectos del proyecto. Pero en el evento en que estos recursos no fueran suficientes, los valores restantes corrían por cuenta y riesgo del concesionario, pues era él quien debía aportar el faltante, circunstancia que claramente correspondía a una contingencia contemplada a cargo suyo.

- Debía también el concesionario ***aportar*** a costa suya, esto es, por su cuenta y riesgo, hasta $9.000'000.000 adicionales a los $27.000'000.000 antes mencionados, en el evento en que estos últimos no alcanzaran para cubrir el costo de adquisición de los predios. De nuevo se contemplaba en este punto una contingencia en cabeza del concesionario, pues podía o no concretarse el supuesto fáctico que daba lugar a aportar estos $9.000'000.000.

[277] Página 46 del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Financiero rendido por la firma Equity.

- Ahora bien, tratándose de los ***valores adicionales a los $9.000'000.000*** que el contratista llegare a proveer, debe recordarse que la responsabilidad que a este respecto le correspondía al concesionario era la de proporcionar, prestar o financiar dichos valores de manera temporal, pues la entidad pública debía reembolsarlos en un plazo no mayor a 18 meses, reconociendo los respectivos intereses remuneratorios y de mora.

  Lo anterior es importante en atención a que, si bien era responsabilidad del concesionario proveer o proporcionar temporalmente los ***valores adicionales a los $9.000'000.000***, éste lo hacía a manera de financiación y, por tanto, se trataba de un riesgo de contenido financiero, más no de orden predial.

  En consecuencia, el riesgo de adquisición de predios por encima de estos $9.000'000.000 radicaba en cabeza de la entidad pública contratante, quien tenía a su cargo la responsabilidad de reembolsar los ***valores adicionales a estos $9.000´000.000*** que llegare a proveer el concesionario a título de financiación.

  En otras palabras, los ***valores adicionales a los $9.000'000.000***, cuya provisión constituía claramente una contingencia, estaban a cargo de la entidad pública contratante quien debía sufragarlos en definitiva, solo que de manera temporal el concesionario tenía la responsabilidad de proveerlos o financiarlos, pues le serían reembolsados en un plazo no mayor a 18 meses, junto con los respectivos intereses remuneratorios y moratorios.

- Aunado a lo anterior, pese a que se trata de una cláusula distinta a la 37, debe considerarse que según lo estipulado en la 45 del contrato de concesión No. GG-040-2004, era el concesionario el responsable de asumir el costo de los predios que llegaren a requerirse para la construcción de las áreas de servicio, estaciones de pesaje, estaciones de peaje y centros de control y operación. Concretamente, la mencionada cláusula 45 estipula en este sentido que:

  "CLÁUSULA 45. ESTACIONES DE PEAJE, DE PESAJE, CENTROS DE CONTROL DE OPERACIÓN Y ÁREAS DE SERVICIO

  "La instalación y operación de estaciones de peaje, así como la construcción y operación de los Centros de Control de Operación, de las Áreas de Servicio y de las Estaciones de Pesaje, se ceñirán a lo previsto en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento.

> *"Los costos de adecuación de las estaciones de Peaje existentes, necesarios para que dicha infraestructura cumpla con los requerimientos de este Contrato y sus Apéndices –especialmente el Apéndice 3–, correrán por cuenta y riesgo del Concesionario. De igual manera, los costos de instalación y operación de los Centros de Control de Operación, de las Áreas de Servicio y de las Estaciones de Pesaje serán por cuenta y riesgo del Concesionario.*
>
> *"En caso de ser necesaria la adquisición de predios para la construcción de las Áreas de Servicio y las Estaciones de Pesaje, el concesionario será el encargado de la gestión para su adquisición, labor que será realizada a favor del INCO quien será el dueño de tales predios, en concordancia con lo señalado en la CLAUSULA 37. El costo de los predios para la infraestructura de operación a que se refiere la presente cláusula deberá ser a costa y riesgo del Concesionario y en consecuencia no podrá ser pagado con cargo a las Subcuentas de Interventoría, Predios, Pagos del INCO o Excedentes del INCO."* –Subraya del Tribunal–

La citada cláusula atribuyó al concesionario el riesgo de adquisición de predios para la construcción de la infraestructura de operación del proyecto, al establecer en este sentido que el costo de dichos terrenos correría por cuenta y riesgo del contratista.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80 de 1983 *"Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley."* Por virtud de esta norma devienen aplicables a los contratos públicos las reglas consagradas en el Código Civil sobre interpretación de los contratos.

Preceptúa el artículo 1618 del citado código que *"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras."* De acuerdo con este texto legal, debe determinarse si la intención de las partes era diferente a la voluntad declarada, es decir, al texto del Contrato de Concesión ya analizado.

Nada en el acervo probatorio acredita esa discrepancia. Por el contrario, en el proceso licitatorio, que es donde se forma el consentimiento en los contratos estatales, como ya se expuso, otros licitantes hicieron preguntas sobre el asunto que nos ocupa y tanto ellos al interrogar como el INCO al responder, entendieron

la cláusula 37 de la minuta del Contrato de Concesión en la misma forma como la entiende el Tribunal[278].

En su propuesta el licitante y futuro concesionario declaró, entre otras cosas, que conocía la información general y los pliegos de condiciones y aceptaba "los requisitos en ellos contenidos". Recuérdese a este respecto que la minuta de contrato y las adendas hacían parte del Pliego.

En la minuta de contrato de concesión anexa al pliego de condiciones se disponía en el numeral 37.5 que si el valor de los avalúos prediales excedía la suma de $27.000 millones de diciembre de 2002 que debía aportar el Concesionario a la Subcuenta de Predios, "el INCO podrá comprometerse a pagar la diferencia con cargo a los recursos disponibles en la Subcuenta Excedentes del INCO, de no contar con recursos disponibles en dicha cuenta, con cargo a las apropiaciones presupuestales con las que cuente..."

La Adenda No. 3 en su numeral 5.26 subrogó parcialmente el artículo 37 de la minuta de contrato de concesión anexa al Pliego (solo se conservó el numeral 37.20). En el nuevo texto del numeral 37.5 se suprimió la facultad concedida al INCO de pagar el exceso de $27.000 millones de diciembre de 2002 necesarios para adquisición de predios con recursos de la Subcuenta Excedentes del INCO o con cargo a las apropiaciones presupuestales con que contara, cuando los recursos de la subcuenta no fueran suficientes. Además, se suprimió también la condición que afectaba la obligación del Concesionario de aportar $9.000 millones de diciembre de 2002, consistente en que el INCO no ejerciera la facultad aludida. En su lugar se previó que en este caso "se seguirá el procedimiento establecido en el numeral 37.6 siguiente".

En el numeral últimamente citado se reiteró que el Concesionario debía aportar la suma de $9.000 millones de pesos de diciembre de 2002 para cubrir el exceso de $27.000 millones de la misma fecha requerido para la adquisición de predios. Y se dispuso también que si persistía el faltante, el Concesionario debía facilitar la suma equivalente y el INCO debía reembolsársela en las condiciones varias veces mencionadas. Lo anterior también era aplicable para los sobrecostos derivados del pago de servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos, por mandato de los numerales 37.21 y 37.22.1 de la cláusula 37 del Contrato (Otrosí No. 6).

Fue en aras de una mayor claridad como se dispuso que el INCO no tuviera siquiera la facultad de pagar el faltante de que se viene hablando con excedentes

[278] Véanse al respecto los folios 161 vto, 571 y 622 del Cuaderno de Pruebas No. 63.

de la subcuenta mencionada o con cargo a apropiaciones presupuestales. En su lugar se dispuso que si los $27.000 millones provenientes del recaudo de peajes no eran suficientes para los efectos dichos, el Concesionario debía aportar $9.000 millones; y si una vez hecho este aporte adicional, persistía el déficit, el Concesionario debía suministrar la cantidad necesaria para cubrir ese déficit, pero el INCO debía reembolsarle dicha cantidad, en las condiciones varias veces mencionadas.

Pero no fue solamente el afán de claridad lo que llevó a introducir en la minuta de contrato de la licitación la modificación descrita. También debió influir la necesidad de agilizar el funcionamiento de la concesión que se licitaba, lo cual, en condiciones normales, redundaría en beneficio de la celeridad de las labores de construcción y rehabilitación de una de las vías más importantes del país, si no la más, lo cual, a su vez, facilitaría el transporte por dicha vía, objeto primordial del Proyecto. Se trataba en fin de cuentas de que los trabajos no se suspendieran por falta de recursos del INCO en un momento dado y de que, además, la entidad tuviera un plazo razonable para reembolsar al concesionario el valor de la financiación otorgada por él para el pago del Mayor Valor de los Predios. Desde este punto de vista el Tribunal encuentra aplicable a la interpretación de las normas contractuales que se analizan lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, en cuanto ordena tomar en consideración para efectos interpretativos los fines y los principios de la contratación estatal.

Lo anterior permite al Tribunal afirmar que el numeral 5.26 de la Adenda No. 3, que subrogó parcialmente la cláusula 37 de la minuta anexa al Pliego y fue reproducida en el contrato firmado por las partes, como ya se explicó, no modificó la asignación de riesgos ni las consecuencias que podían derivarse de esa asignación. Se limitó a aclarar que el riesgo predial estaba a cargo del INCO y del Concesionario, y que este, a más de los aportes por un total de $36.000 millones de diciembre de 2002, debía pagar (financiar) lo que se requiriera en exceso para los efectos dichos; y el INCO, a su vez, debía reembolsar los dineros suministrados en exceso en las condiciones anotadas. No es que se haya confundido la gestión predial y el riesgo predial ni desplazado éste al Concesionario. No. Es más bien que en la interpretación de estas cláusulas se ha omitido la consideración de que el riesgo predial tiene un componente financiero que fue asumido por el Concesionario.

Por lo demás debe ponerse de presente que la cláusula 1 del Otrosí No. 6 que subrogó la cláusula 37 del Contrato de Concesión y que como es obvio recoge un acuerdo de las partes, en el punto que nos ocupa se limitó a ampliar de 6 a 8 meses el plazo dentro del cual debían consignarse en la Subcuenta de Predios el

85% del valor de los peajes. En nada modificó la asignación de riesgos de que se ha venido tratando ni sus efectos.

No estando probado que la intención de las partes ni la de una de ellas, haya sido diversa a la voluntad declarada en el texto del Contrato, *"deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre a la naturaleza del contrato"*, tal como dispone el artículo 1.621 del Código Civil. El Tribunal, en el curso de su exposición, ha dejado sentado que su interpretación se ajusta a lo dispuesto en los documentos CONPES citados, a las características de la Licitación INCO-01-2003, cuya apertura se produjo el 9 de octubre de 2003, y a las características y naturaleza del Contrato de Concesión suscrito por las partes el 1 de julio de 2004.

Y de paso, no sobra recordar que en sus consideraciones el Tribunal ha venido dando aplicación al mandato del artículo 1.621 del Código Civil, según el cual *"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad"*. Y también ha tenido en cuenta para su análisis el inciso 3 del mencionado artículo 1.621, el cual dispone que las cláusulas de un contrato también podrán interpretarse por *"la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra"*. A este último aspecto el Tribunal estima conveniente referirse a continuación.

Durante la ejecución del Contrato, la entidad pública siempre interpretó la cláusula 37 del Contrato como lo ha hecho el Tribunal y la ejecutó en concordancia con dicha interpretación. El Concesionario, por su parte, interpretó dicho texto contractual al vaivén de las circunstancias: en ocasiones sostuvo la tesis expuesta en la demanda reformada; otras veces mantuvo una más moderada, consistente en que sólo estaba obligado a financiar el Mayor Valor de los Predios, cuando el INCO manifestara que no los pagaría; y en otras oportunidades coincidió con la interpretación del Tribunal y del INCO, y financió parcialmente el Mayor Valor de los Predios; pero en última instancia, alegó que no era posible conseguir financiación para pagar el mayor valor mencionado porque el texto del Contrato no era aceptable para la banca, por cuanto no especificaba las vigencias futuras comprometidas para el pago de la financiación de que se viene tratando.

Para sustentar lo que se acaba de decir acerca de las interpretaciones que dio el Concesionario a la cláusula tantas veces citada, vale la pena transcribir, así sea parcialmente y a título de ejemplo, algunas comunicaciones atinentes a dichas interpretaciones, y el testimonio del Dr. Carlos Collins Espeleta.

- Comunicación GT-IN-0625-07 del Concesionario dirigida al INCO de fecha 19 de septiembre de 2007:

(...)

"Por medio de la presente, me permito reiterar el interés de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. en definir con prontitud los siguientes aspectos importantes para la financiación de las obras objeto del contrato de la referencia: (Contrato No. GG-040-2004)

"1. Aportes del INCO a la Subcuenta de Predios

"Mediante comunicación GF-IN-0296-07 del 26 de abril de 2007 y GF-IN-0375-07 de 5 de julio de 2007, la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., informó al INCO que de acuerdo con la evaluación realizada por los profesionales a cargo de la gestión predial del proyecto y en virtud de lo dispuesto en las Cláusulas 37.6 del contrato y 5 del Otrosí No. 14, era necesario que el INCO gestionara recursos adicionales a los aportados por el Concesionario por valor de $30.000.000.000.oo

"A la fecha el Concesionario no ha recibido de parte del INCO información alguna sobre el particular, lo cual es importante para establecer con claridad si será el INCO o la Concesión Autopista Bogotá – Girardot quien aportará los recursos requeridos para continuar con la adquisición de los predios necesarios para la ejecución del Proyecto.

"Por lo tanto, solicito de parte del INCO se me informe si los recursos antes mencionados serán aportados por esta entidad o no, caso en el cual corresponderá al Concesionario iniciar la gestión necesaria para lograr la consecución de los mismos en los términos y condiciones establecidas para el efecto en el contrato de la referencia. (...)"

- Comunicación CABG-IN-0406-09 del Concesionario dirigida al INCO de fecha 2 de septiembre de 2009[279]:

"(...)

"... una vez agotados los 36,000,000,000.oo de pesos de 2002 establecidos en la Cláusula 37 del contrato como aportes del Concesionario a la subcuenta de predios, este informó al Instituto Nacional de Concesiones – INCO que los recursos requeridos para culminar la gestión predial del proyecto oscilaban entre los 121,077,094,651.oo y los $ 76,224,191,720.oo

[279] Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 17 a 18.

(ver comunicaciones CABG-IN-0187-09 y CABG-IN-0203-09) cifras que evidentemente desbordan todas las estimaciones que de manera razonable pudieron haber sido previstas en la estructuración financiera del proyecto.

"Independientemente del déficit presentado, el Concesionario ha adelantado todas las gestiones para obtener por parte de la banca nacional e internacional la adecuada financiación de los recursos requeridos para continuar y culminar la gestión predial; no obstante, el principal inconveniente encontrado es que contraria a la claridad que para las partes brinda la interpretación de los dispuesto en la Cláusula 37 en cuanto al pago que por parte de la Nación debe realizarse con ocasión de los aportes que para el efecto realice el Concesionario a la subcuenta de predios, dicha redacción no ha sido suficiente garantía para que por parte de los diferentes entes financieros contactados se autorice el préstamo y/o desembolsos de los recursos requeridos.

"Cabe señalar, que mientras se intentaba cumplir con los requerimientos de la banca, el Concesionario continúo adelantando las actividades inherentes a la gestión predial delegada, suscribiendo ofertas de compra y pactando promesas que han asegurado la disponibilidad de áreas para la ejecución de obras conforme al cronograma previsto, mientras se esperaba que la dificultad con los bancos para la aprobación de los préstamos tuviera solución en el corto plazo; a la fecha se han comprometido recursos por valor de $24,007,434,407.00..."

(...)

"El cumplimiento de los compromisos dinerarios antes señalados depende exclusivamente de la posibilidad de lograr la aprobación de los créditos que se gestionan ante la banca y para lo cual la única posibilidad es satisfacer a esta en cuanto a la aclaración de algunos aspectos financieros relacionados con la forma de pago establecida en la Cláusula 37 del contrato GG-040-2004, requisito que solo podremos cumplir con el concurso del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, quien a la postre es el titular final de los predios para cuya adquisición se requiere la financiación y principal interesado, a nuestro lado, de culminar a la mayor brevedad la gestión predial y la ejecución de las obras.

"Dada la circunstancia, la Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A. ha optado por suspender a partir de la fecha la expedición de nuestras ofertas de compra, así como suspender la suscripción de promesas sobre los predios ofertados, hasta tanto se aseguren las fuentes de financiación que permitan contar con los recursos necesarios para la adquisición y desarrollo de esta gestión, lo cual consideramos va a retrasar el avance en el cumplimiento de las metas, pero resulta necesario, a fin de evitar conflictos jurídicos que se avizoran ante el incumplimiento de los contratos de

adquisición de predios.

"Por lo expuesto, sería de gran utilidad para el Concesionario que Usted nos permitan la suscripción del documento aclaratorio de la Cláusula 37 del contrato GG-040-2004, facilitándonos así el cumplimiento de los requisitos de financiación y la consecuente reactivación de la gestión predial."

- Testimonio del Dr. Carlos Collins Espeleta.

El Dr. Carlos Collins Espeleta, quien al comienzo de una diligencia de exhibición llevada a cabo en su oficina puso de presente que "*Todo lo que le voy a narrar me consta en mi doble condición de socio y de miembro de la Junta Directiva de la Concesión Bogotá Girardot*", interpretó las cláusulas contractuales que regulan el asunto de que se viene ocupando el Tribunal de la misma manera como este lo ha hecho. Pero, para explicar el incumplimiento de la obligación de financiar el Mayor Valor de los Predios sostuvo que la Banca les exigió una modificación del Contrato, en el sentido de precisar las vigencias futuras que respaldaban el reembolso por parte del INCO de los recursos financiados por el Concesionario para atender el pago del mencionado mayor valor de los predios. Veámoslo:

"(...)

"DR. CÁRDENAS: Si quiere ocupémonos de la gestión predial. ¿Cuál fue el alcance que ustedes entendieron que tenía esa obligación de gestión predial y cuál fue la controversia que en su época se produjo con el interventor y con la entidad concedente, acerca del alcance de esa obligación de gestión predial?

"SR. COLLINS:

"(...)

"Después de muchas discusiones de valoración y todo, se decidió que sí, que se iban hacer las obras, entonces el contrato se adicionó en algo así como 198 mil millones de pesos, incluía el Transmilenio de Soacha, incluía la doble calzada del Paso hacia Ibagué, incluía la ciclovía de Girardot, obras completamente nuevas. Por qué hago el énfasis en que son obras completamente nuevas, porque a mí parecer eso fue lo que dañó la ecuación predial; cómo estaba el contrato antes de eso, el contrato antes de eso decía, nosotros le vamos a entregar el peaje a usted y usted en los primeros 8 meses va a recoger 28 mil millones de pesos de esos peajes o los peajes (se refiere a los 27.000 millones de diciembre de 2002)*, tome el*

15% para que usted opere, pero el otro 85% me lo mete en un fondo que es para comprar los predios, si usted no logra reunir los 28 mil millones de pesos en ese plazo entonces usted lo tiene que poner, tiene que poner lo que falte para llegar a los 28 mil millones de pesos, y si en ese plazo usted se pasa entonces lo otro lo pone en la subcuenta principal de la Concesión; 28 mil millones de pesos se pusieron y quedó un saldito para mandar a la subcuenta principal de acuerdo al contrato.

"Vamos a comprar los predios, con esa plata, con los 28 mil millones de pesos, con los 28 mil millones de pesos compramos los predios pero si no alcanzan los 28 mil millones de pesos la Concesión va a poner 9 mil millones de pesos, eso dice el contrato, 9 mil millones de pesos si hace la variante de Fusagasugá porque si no hace la variante de Fusagasugá entonces tiene que poner 15 mil, ahora les explico la importancia de eso. (Se refiere a la opción de la cláusula 3 del Contrato)

(...)

"Hicimos la variante de Fusagasugá, si todavía no alcanza la plata, entonces usted Concesionario nos presta un dinero a 18 meses de plazo y nosotros les pagamos el DTF más 7, creo que era, o sea, no era un negocio malo, prestar plata al DTF más 7 pues no era un negocio malo y era relativamente fácil conseguir que un banco más si había garantía gobierno le prestara a uno la plata y entonces uno se la daba a la ANI a la cuenta de predios y le pagaban un interés, y a los 18 meses le pagaban la plata y uno le daba al banco, mira, coge tu plata y ya, no hay problema. Ese era el esquema que había de predios, dónde se dañó el esquema de predios, ah, nosotros teníamos que hacer la mecánica de la compra de los predios la hacíamos nosotros, mecánica que era hacer el avalúo, perdón el avalúo no, sí hacer el avalúo pero claro por medio de una lonja, una lonja hacía el avalúo y nosotros le hacíamos la oferta al señor del predio, el señor del predio decía si le aceptaba o si no le aceptaba, si la aceptaba se le pagaba el 20% del valor del predio, el señor entregaba el predio, y cuando se hiciera la escritura total se le pagaba el otro 80%, todo iba relativamente bien, nosotros usamos los 28 mil millones de pesos originales, usamos los 9 mil adicionales, y comenzamos a prestar dinero de la Concesión de acuerdo a la cláusula esa de que podíamos prestar y que nos los pagaban a los 18 meses."

"DR. GÓMEZ: ¿Qué pasaba con el tema de las reubicación de las redes de servicios?

"SR. COLLINS: No, no, eso lo pagaban por aparte. Entonces, los 28 mil se gastaron, se compraron unos predios, se comenzaron hacer las obras, hubo que poner los 9 mil porque ya se gastaron los 9 mil, hubo que comenzar a prestar dinero, 8 mil millones, y en ese estado es cuando por lo menos yo

me doy cuenta de que estábamos metido en un... por qué, porque cuando nosotros ya llevamos 8 mil prestados, dijimos, pero un momentico, esto dónde va a parar, cuánto falta para comprar los predios de la Concesión ampliada, la repuesta fue 180 mil millones de pesos, entonces a mí me dicen, pero de dónde vamos nosotros ahora sacar 180 mil millones de pesos, cuando ya los bancos estaban jugados con nosotros, ya los Nule estaban con sus problemas financiero, entonces ya los bancos decir 180 mil millones de pesos para una vaina donde están los Nule.

"DR. ARANGO: Estamos hablando del 2010 entonces.

"SR. COLLINS: Estamos hablando del 2009, y yo diría que hasta el 2008...

(...)

"DRA. RUAN: ¿Es decir, que se modificaba en opinión de ellos el riesgo contenido en el contrato de financiación?

"SR. COLLINS: Se modificaba en el sentido de que ellos no eran los que iban a financiar esa... porque nosotros, nosotros evidentemente no teníamos la plata para financiar 180 mil millones de pesos que se pusieron de presente faltaba; entonces, si no teníamos la plata, los 180 mil tampoco era para abandonar el caso, óyeme vamos a conseguirlo prestado; pero ustedes viendo la cara a Carlos Collins le sueltan 180 mil así, dicen, tal vez con la cara de Carlos Collins no, pero si Carlos Collins viene detrás del Riego – Nación sí, porque es que le vamos a caer es a la Nación no a Carlos Collins, ni a Nule. Para mal de nuestros males cuando estábamos en esas conversaciones, que estaba medio estancadas por el hecho de que no aparecía el Riesgo – Nación, vino la crisis financiera internacional del 2008 y entonces sí se acabaron todas las posibilidades porque ahí sí ni con Riesgo Nación nos prestaban.

(...)

DRA. RUAN: ¿Usted recuerda qué decían esos riesgos en materia predial?

SR. COLLINS: Yo me acuerdo vagamente que la cláusula decía lo siguiente: De los 8 meses primeros de peaje usted métalos en una cuenta especial para predios, si no reúne 28 mil millones de pesos con eso, entonces a usted como Concesionario le toca poner el saldito que falte para los 28 mil; si se pasa de los 28 entonces puede coger la plata y meterla en la subcuenta principal, con lo cual ya estaría siendo parte del ingreso esperado del Concesionario, y ya después la cláusula en cuanto a compra de los predios decía, si no le alcanza los 28 mil y no le alcanza los 9 mil, entonces présteme la plata al DTF más 7 y yo se la pago a los 18 meses.

> *Yo recuerdo que el tema con los bancos internacionales era ese, que los bancos internacionales decían, pero si a usted le van a prestar, si usted va a prestar la plata y se la van a pagar dentro de 18 meses por qué no me muestra la vigencia dentro de 18 meses con la que se lo van a pagar porque entonces ya ahí sí, yo como banco estoy tranquilo de que usted no se puede tumbar la plata porque es que el gobierno se la va a paga a usted y usted me tendrá que dar una garantía para que el gobierno me la pague directamente a mí. (...)" (se subraya)*

A más de que, como ya se dijo, la interpretación que hace el Dr. Collins de las cláusulas contractuales referentes al problema que se analiza coincide con la del Tribunal, conviene destacar otro aspecto de la declaración, a saber: el Concesionario ejecutó las cláusulas citadas de acuerdo a la interpretación que de ellas han hecho el Tribunal y el Dr. Collins. Fue así como una vez agotados los $36.000 millones de diciembre de 2002, el Concesionario empezó a financiar la compra de los predios requeridos para la ejecución del Contrato y lo hizo por una suma cercana a los $8.200 millones. Y para que no quedara duda sobre cómo había entendido las disposiciones contractuales pertinentes, procedió a reclamar al INCO el reembolso de la suma pagada, en las condiciones fijadas en el Contrato. Y también está probado que esta suma se le reembolsó con recursos provenientes de las vigencias autorizadas por el Documento CONPES 3535 DE 2008, según se desprende del texto del numeral 4 de la cláusula 1 del Adicional No. 1 y de su modelación financiera.

Retomando el hilo de la exposición, para el Tribunal es clarísimo que la ejecución del contrato por las partes o por una de ellas con la aquiescencia de la otra no contradijo en forma alguna los textos contractuales sobre la materia de que se trata y, en consecuencia, en dicha materia debe estarse a lo dispuesto literalmente por el Contrato, pues la intención de las partes se corresponde plenamente con la voluntad declarada en dicho Contrato, tal como se ha dejado sentado. No de otra manera podría ser si se tiene en cuenta, además: i) que no está probado que la intención de las partes ni la de una de ellas, haya sido distinta de la voluntad declarada en el texto del Contrato; ii) que la interpretación hecha por el Tribunal es la que ajusta a la naturaleza del Contrato; y iii) que en su interpretación, el Tribunal ha dado aplicación a la regla de *que "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".*

El desenlace de la situación descrita fue la Resolución 320 del 30 de julio de 2010 proferida por el INCO, mediante la cual se declaró y reconoció "la ocurrencia de una contingencia predial dentro del desarrollo del proyecto Vial "Bosa-Granada-Girardot", correspondiente al Contrato de Concesión GG-040-2004". La resolución citada, previo concepto favorable de la Dirección General de

Crédito Público y Tesoro Nacional, cuantificó la contingencia predial en $58.966.969.639.oo, ordenó que esa cantidad fuera depositada en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso y dispuso que se destinara única y exclusivamente *"al pago de los predios relacionados por la Concesión Autopista Bogotá Girardot en el oficio con radicado INCO No.2010-409-013699-2 del 17 de junio de 2010."* De esta manera se logró evitar la parálisis de las obras de construcción y rehabilitación de la vía, pero en manera alguna puede entenderse esta declaratoria de la contingencia predial como una modificación del Contrato. Por el contrario, la parte considerativa de la resolución se refiere a las cláusulas 1, numeral 1.68, y 37, numerales 37.11 y 37.19, ya transcritas y analizadas por el Tribunal.

Tratándose, entonces, del riesgo concerniente al costo de adquisición de predios, el Tribunal advierte que son estas consideraciones las que dan cuenta de la atribución que al respecto hizo el contrato de concesión No. GG-040-2004, debiéndose concluir en consecuencia que este preciso riesgo es compartido, toda vez que en ambos contratantes recaen responsabilidades concretas en los estrictos términos que han sido precisados.

Definido en estos términos el riesgo atinente al costo predial, es menester abordar el análisis del riesgo financiero a que se refiere la cláusula 37.11, puntualmente, del alcance de la responsabilidad que le asiste al concesionario como responsable de proveer temporalmente los ***valores adicionales a los $9.000´000.000***.

- **El riesgo financiero contemplado en las estipulaciones contractuales referidas a la adquisición de los predios**

El Tribunal inicia su análisis a partir de una afirmación que hace la apoderada de la convocante en la demanda reformada y que es del siguiente tenor: *"El Concesionario estructuró su propuesta técnica, financiera y legal de acuerdo con las consideraciones previstas en la ley, los pliegos de condiciones, la minuta del contrato y sus apéndices y las precisiones señaladas por la misma Entidad durante el desarrollo de la Licitación pública."*

En vista de la anterior aseveración y teniendo en cuenta que no hay claridad sobre los hechos expuestos en la demanda reformada ni sobre las normas aplicables a tales hechos, procede el Tribunal a exponer clara y completamente la situación fáctica de la controversia antes descrita y a encuadrar tal situación dentro de la normativa de la Licitación y la legal. Al efecto se seguirá un orden estrictamente cronológico, así: 1) documentos CONPES; 2) Documentos de las

asesorías contratadas para la estructuración de la Licitación; 3) Apertura de la Licitación; 4) Pliego de Condiciones; 5) Desarrollo de la licitación; 6) Propuesta del Concesionario;7) Adjudicación; y 8) Contrato de Concesión y Otrosíes.

1) Documentos CONPES

- Documento CONPES 3045 DE 1999

El Tribunal empieza por recordar que cuando se estructuró el *"Programa de Concesiones Viales 1998 – 2000: Tercera Generación de Concesiones"*, del cual hace parte la Concesión Bogotá-Girardot, se expidió el documento referido, en el cual se dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

> *"Dada la actual crisis fiscal, los proyectos de concesión buscarán la minimización de los aportes estatales dentro de su estructuración financiera con el objetivo de disminuir el impacto fiscal de los mismos.*
>
> *"Sin embargo, en el caso en el que los proyectos sean deficitarios y se necesiten aportes de la nación para garantizar su viabilidad financiera, se buscará la forma de distribuir los aportes en el tiempo de la concesión por medio de mecanismos tales como vigencias futuras, evitando en lo posible el desembolso de la totalidad de los mismos en los primeros años de la concesión. De esta forma, los aportes de la Nación se convierten en una contrapartida o un "peaje sombra" que ayuda al inversionista privado a conseguir financiación de largo plazo requerida para garantizar la viabilidad de los proyectos."*

Queda claro, pues, que fue la crisis fiscal la que hizo aconsejable estructurar las licitaciones de las concesiones de tercera generación de tal manera que los aportes estatales se minimizaran. Pero si eran necesarios de todas maneras tales aportes, debía programarse su pago para no efectuarse totalmente en los primeros años de la concesión. Dichos aportes constituirían así un respaldo eficaz para la obtención de financiación por parte del concesionario. Así se estructuró la licitación que nos ocupa y el contrato de concesión respectivo, en los términos que se indicarán más adelante.

- Documento CONPES 3107 de 2001: refiriéndose al riesgo financiero dice lo siguiente:

> *"Este riesgo tiene dos componentes: i) el riesgo de consecución de financiación; ii) riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas)... En general el mismo (riesgo) es asignado en su totalidad al inversionista privado."*

"... Como mecanismos para mitigar este riesgo, se debe exigir experiencia en la obtención de financiación de acuerdo con los requerimiento de endeudamiento para el proyecto."

- Documento CONPES 3133 de 2001:

"El mayor valor de las predios y su cronograma de disponibilidad por encima de lo previsto en los contratos estará a cargo de la Entidad Estatal.

"La gestión de la compra es compartida entre las partes. ***Deberá estar a cargo del concesionario toda la gestión de la compra y la financiación****. En caso de que se requiera acudir al proceso de expropiación, de acuerdo con el marco legal vigente, esta labor será adelantada por la Entidad Estatal." (se subraya)*

En la estructuración de la licitación y en el Contrato de Concesión se dio aplicación a lo dispuesto por el Documento CONPES 3107 de 2001. Fue así como el riesgo financiero se asignó al concesionario íntegramente, es decir, tanto en lo relativo a la consecución de financiación como a las condiciones financieras de esa financiación (plazos y tasas). Y para la mitigación del riesgo se exigió en el Pliego de Condiciones (en adelante el Pliego) experiencia en la consecución de financiación. La adopción de estos criterios se concretó en las cláusulas 12, numeral 12.3, y 14, numeral 14.5 del Contrato, y en el numeral 4.1.1.3 del Pliego, que se transcriben a continuación.

CLÁUSULA 12. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.

"12.3. Asumir, por su cuenta y riesgo, todos los costos y gastos del Proyecto, obligándose a obtener y/o aportar la financiación total de los recursos requeridos para la ejecución del Proyecto, en los términos de este Contrato."

CLÁUSULA 14. RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO.

"14.5. Los efectos favorables o desfavorables de la alteración de las condiciones de financiación como consecuencia de la variación de las variables del mercado, toda vez que es una obligación contractual del Concesionario obtener la completa financiación para la ejecución del Proyecto..., salvo por lo expresamente previsto en la CLÁUSULA 24."[280]

[280] Esta cláusula se refiere al pago por parte del INCO de un soporte por reducciones de ingresos y devaluaciones, que es ajeno al asunto que se estudia.

PLIEGO DE CONDICIONES

"4.1.1.3. Experiencia en consecución de financiación

"Durante los diez (10) años anteriores a la fecha de presentación de la propuesta, el Proponente, o uno solo de sus miembros para el caso de Consorcio, Unión Temporal, Promesa de Sociedad Futura o cualquier forma de asociación, deberá acreditar que ha obtenido financiación por un valor mínimo de ochenta mil millones de Pesos (COL$80.000.000.000) de diciembre de 2002... para un solo proyecto de construcción de obras civiles o sistemas de financiación privada de proyectos de infraestructura..."

De acuerdo con el Documento CONPES 3133 DE 2001 anteriormente citado, el riesgo predial -que comprende el precio de los predios necesarios para la ejecución de un proyecto de infraestructura, la disponibilidad oportuna de los mismos y la gestión necesaria para su adquisición- está a cargo del Estado en cuanto a su control y responsabilidad por la compra de los inmuebles requeridos, y en cuanto al mayor valor de los predios. A cargo del Concesionario deberá estar toda la gestión de compra y la financiación. Estos parámetros fueron plasmados en las cláusulas 8.3, 12.16 y 37 del Contrato, y la número 13 del Otrosí No. 8, que se transcriben enseguida.

CLÁUSULA 8. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN.

"8.3. Adquisición de predios. (Subrogado Otrosí No. 4, cláusula 7)

"El Concesionario deberá realizar los estudios, entregar la información y adelantar todos los trámites necesarios, incluyendo, pero sin limitarse a los señalados en la CLÁUSULA 37 de este contrato para disponer de los predios que sean requeridos para las obras de Construcción y Rehabilitación en todos los Trayectos del Proyecto, de conformidad con lo señalado en la citada cláusula. Lo anterior aplica para todos los Trayectos del Proyecto, salvo para las obras previstas en el Trayecto 7, para las cuales la adquisición de predios se realizará dentro del plazo señalado en los numerales 3.4 y 3.5 de la cláusula 3."

"El INCO deberá adelantar exclusivamente los trámites establecidos en los numerales 37.8, 37.9, 37.11, 37.12 y 37.15 de la CLÁUSULA 37, para adquisición de predios en los términos y condiciones ahí establecidos."

CLÁUSULA 12. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.

"12.16 Adquirir los predios necesarios para desarrollar las Obras de Construcción y Rehabilitación y las Obras Alternativas –en caso de ejercer la

opción prevista en la CLÁUSULA 3- en los términos de la CLÁUSULA 37 de este Contrato."

CLÁUSULA 37. ADQUISICIÓN DE PREDIOS. (Subrogada por Otrosí No. 4, cláusula 8, la cual, a su vez, fue subrogada por Otrosí No. 6, cláusula 1)

"Las labores de adquisición de los predios requeridos para la ejecución de las Obras de Construcción y Rehabilitación y las Obras Alternativas –si el Concesionario optare por su ejecución de conformidad con la cláusula 3 del presente contrato-, serán adelantadas por el Concesionario, salvo lo expresamente previsto en la presente cláusula a cargo del INCO[281]*, atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y responsabilidades que en la presente cláusula se establece. La adquisición de predios para las Obras de Construcción y Rehabilitación podrá realizarse durante la Etapa de Preconstrucción o durante la Etapa de Construcción y Rehabilitación, siguiendo el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de Predios, pero en todo caso el Concesionario deberá garantizar que cuenta con la totalidad de los predios necesarios para adelantar las construcciones por Trayecto y que por tanto no entorpecerá los cronogramas para la entrega de Trayectos previstos en este Contrato."*[282]

OTROSÍ No. 8, CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. *"La totalidad de la gestión predial para la adquisición de los predios necesarios para la ejecución de las obras estipuladas en el presente Otrosí estará a cargo del Concesionario ajustándose a lo dispuesto en la cláusula 37 de contrato de concesión."*[283]

A manera de conclusión el Tribunal quiere dejar claramente establecido que los documentos del CONPES a que se ha hecho referencia, en lo atinente a la asignación de los riesgos financiero y predial, y a la gestión predial, fueron tenidos en cuenta y aplicados por el INCO en el Pliego, y convenidos por las partes en el Contrato y en el Otrosí No. 8. El riesgo financiero se asignó íntegramente al concesionario y el predial se atribuyó a la entidad estatal en cuanto al control y responsabilidad por la compra de los inmuebles necesarios para la ejecución del Contrato, y en cuanto al Mayor Valor de los Predios. La gestión predial quedó a cargo del contratista en lo relativo a la adquisición de los bienes raíces necesarios para ejecutar el proyecto, incluida la financiación, pero bajo el control y vigilancia de la entidad estatal.

2) **Documentos de las asesorías contratadas para la estructuración de la Licitación.**

[281] Se refiere a las obligaciones del INCO en la gestión predial que comparte con el Concesionario.
[282] Cuaderno de Pruebas No. 3 fl. 287 vto.
[283] Cuaderno de Pruebas No. 3, fl. 306.

La apoderada de la convocante en la demanda reformada no es clara en cuanto a los documentos de la licitación en que se basa. No precisa a cuál o cuáles se refiere de los diecinueve informes que según ella presentó a INVIAS el Consorcio Ingetec S.A.-Bateman Ingeniería Ltda-PIV Ingeniería Ltda. Cita además estudios de Booz & Hamilton que no existen. Y para redondear, posteriormente transcribe apartes de lo que llama *"estudio en comento"*.

En vista de esta confusión, el Tribunal quiere dejar sentado que entre los estudios previos a la apertura de la Licitación, los hay de simple pre factibilidad o factibilidad, que no deben ser objeto de análisis debido a su precariedad. Tal ocurre, por ejemplo, con el Informe Final Ingetec S.A. Ingenieros Consultores y Compañía de Estudios e Interventorías Ltda. (CEI), presentado en junio de 1997. También a título de ejemplo debe citarse a este respecto el Tercer Informe Bimensual de Avance, correspondiente al periodo abril 18 a junio 18 de 1998, del Consorcio Ingetec S.A.-Bateman Ingeniería Ltda-PIV Ingeniería Ltda[284].

- Análisis detallado sí merece el "*INFORME 1 REVISADO – Estructuración Técnica, Legal y Financiera del Corredor Buenaventura-Bogotá*", elaborado por la Unión Temporal INVERLINK, BOOZ ALLEN & HAMILTON (BA&H) y DURÁN, ACERO & OSORIO ABOGADOS ASOCIADOS, fechado el 16 de abril de 2002[285]. A este informe se refiere la demanda reformada en los hechos números 4, 5 y 6.

  El documento contiene un recuento de las actividades desarrolladas por el Asesor del Gobierno, una explicación de los fundamentos de la estructuración, unas recomendaciones sobre el esquema de concesión aconsejable para los efectos prácticos perseguidos y una descripción de lo que denominan "los próximos pasos". Los aspectos más relevantes para el tema de que se ocupa el Tribunal, se trascriben a continuación:

  "II.4 Revisión de Información Predial y de Gestión Social

  "Para estimar los costos de adquisición de predios se revisó la información existente en el INVIAS para todo el corredor. Adicionalmente se realizaron reuniones con funcionarios del INVIAS para identificar fuentes de información y estudios adicionales. Como resultado de esta búsqueda se estableció que solo existe información predial detallada para el tramo Girardot-Bogotá. Para este tramo se utilizaron las fichas prediales existentes para estimar el valor de adquisición de predios. Para todos los demás

[284] Cuaderno de Pruebas No. 89, fls. 421 y siguientes.
[285] Cuaderno de Pruebas No.11, fls. 1 a 96.

tramos se utilizaron parámetros de otros proyectos para estimar el valor de los predios y la gestión."[286]

"III.5.7.3 Adquisición de predios en el (los) Contrato (s) de Concesión del Corredor Bogotá-Buenaventura."

(...)

"En cuanto a los recursos necesarios para la adquisición de predios, estos deberán estimarse en el Contrato y ser aportados por el Concesionario a una subcuenta especial que para estos efectos se constituya. En caso que una vez realizados los avalúos, los recursos originalmente estimados se evidencien como insuficientes, INVIAS asumirá la diferencia. Sin embargo, el Concesionario –de manera provisional- deberá aportar un monto adicional predeterminado, el cual será pagado por INVIAS con intereses remuneratorios, dentro de un plazo prudencial dentro del cual deberá presupuestarlo..."[287]

(...)

"IV.5.3 Proyecciones de egresos"

(...)

"Costo de adquisición de predios

"De acuerdo con los avances del análisis de la información predial existente se incluyeron los costos de adquisición de predios y los estimativos en los casos en que la información fuera inexistente. Adicionalmente, se asumió un sobrecosto del 10% en predios que se estima cubrirá el costo de fichas prediales, sociales, avalúo y notariado y registro."[288]

Los textos que se acaban de trascribir permiten al Tribunal llegar a las conclusiones que se expresan seguidamente.

En términos generales, debe anotarse que los análisis y recomendaciones de los asesores sobre el esquema de concesión a utilizar para la rehabilitación, construcción, mantenimiento y operación del corredor vial Buenaventura-Bogotá, como es apenas obvio, no eran vinculantes para el INCO, sino simplemente indicativas. La resolución de apertura de la Licitación, y el Pliego y sus anexos permiten corroborar este aserto, pues resulta evidente que las recomendaciones

[286] Cuaderno de Pruebas No.11, fl. 14.
[287] Cuaderno de Pruebas No.11, fls. 43 y 44.
[288] Cuaderno de Pruebas No. 11, fls. 77 y 81.

del informe que se comenta sólo fueron tenidas en cuenta parcialmente por la entidad pública para estructurar la Licitación.

Se sigue de lo anterior que las estimaciones sobre costos, riesgos, etc. hechas por el Asesor del Gobierno también eran simplemente informativas para el licitante. Cómo iba a ser de otra manera si los diseños definitivos no era posible conocerlos, lo cual, a su vez, no permitía conocer con certeza la afectación predial. Es lógico, pues, que el Pliego haya dejado muy en claro que los proponentes debían calcular los costos y gastos, y elaborar los diseños definitivos bajo su responsabilidad. Quiere decir lo anterior que los licitantes se podían separar total o parcialmente de las estimaciones que aparecían en los documentos que se encontraban en el Cuarto de Datos.

Nuevamente aparece aquí el elemento de provisionalidad a que se ha referido el Tribunal anteriormente lo que debería conducir a los licitantes a que no se atuvieran exclusivamente a las estimaciones de costos y gastos antes mencionadas ni a los diseños de la Licitación al presentar sus propuestas. Y nuevamente debe destacarse que esta provisionalidad se corresponde con lo preceptuado en el Pliego de Condiciones en el sentido de que los proponentes debían calcular los costos y gastos, y elaborar diseños bajo su responsabilidad.

La recomendación de que los recursos requeridos para la adquisición de predios fueran estimados en el Contrato no fue tenida en cuenta por el INCO al estructurar la Licitación pues, con razón, no la estimó adecuada. La que sí fue acogida por el estructurador fue la sugerencia de que el concesionario estuviera obligado a contribuir con una determinada cantidad para estos efectos ($27.000 y $9.000 millones de diciembre de 2002 en forma sucesiva) y que en caso de que esa cantidad resultara insuficiente para la adquisición de los predios que se necesitaban para la ejecución del Contrato (Mayor Valor de los Predios), dicho concesionario debería suministrar los recursos faltantes, los cuales serían reembolsados por INCO en un tiempo prudencial y con reconocimiento y pago de intereses remuneratorios y de mora en su caso; se daba aplicación así a los criterios fijados en el documento CONPES 3045 de 1999. Tampoco fue acogida la sugerencia de que la suma adicional a los $36.000 millones que llegara a requerirse para la adquisición de predios y que el concesionario debía asumir provisionalmente, fuera predeterminada, lo cual, sencillamente, no era posible como se ha explicado.

La aceptación de la sugerencia que se viene de mencionar es perfectamente coherente con la situación que se daba en el momento de la elaboración del Informe, en cuanto, como ya se dijo, los diseños definitivos no se conocían y por tanto tampoco se conocían con precisión la cantidad, ubicación y extensión de

los predios necesarios para ejecutar el Proyecto. Debe insistir el Tribunal en que las conclusiones del estudio que se analiza eran simplemente recomendaciones de los asesores que, además, se resienten de provisionalidad. Provisionalidad que es coherente con el tipo contractual que se escogió para llevar a cabo este proyecto, es decir, el contrato de concesión de duración determinada por la obtención del Ingreso Esperado en un plazo máximo, contrato en el cual el Concesionario debía realizar los diseños definitivos. No lo habría sido con un contrato de Obra Pública.

Si los costos de adquisición de predios se calcularon con base en la información existente en ese momento que, como se dijo, se resentía de provisionalidad, aparece de bulto la precariedad del resultado del cálculo. ¿Era entonces correcto basarse para presentar una propuesta en unos diseños que se sabían provisionales y a partir de los cuales no era posible conocer con certeza la entidad de la afectación predial? La respuesta a esta pregunta es forzosamente negativa. Entonces ¿por qué se licitó, a sabiendas de que la determinación de los costos era responsabilidad exclusiva del concesionario ganador de la Licitación, lo mismo que la elaboración de los diseños definitivos? La respuesta la podría haber dado el modelo financiero del Concesionario, pero desafortunadamente no fue posible conocerlo dentro de este trámite arbitral[289].

3) Apertura de la Licitación.

Publicado en la página WEB del INCO el pre pliego con la minuta del contrato de concesión y recibidas las preguntas y comentarios de los interesados en participar en la futura licitación, entre los cuales, dicho sea de paso, no aparece ninguno de los integrantes de la futura sociedad Concesión Autopista Bogotá-Girardot, mediante Resolución 000065 de 9 de octubre de 2003, el Instituto Nacional de Concesiones (en adelante INCO) ordenó la apertura de la licitación pública INCO-01-2003. De esta resolución vale la pena destacar para los efectos del análisis que se adelanta, la determinación del objeto de la licitación, que se hace en los siguientes términos:

> *"... seleccionar la propuesta más favorable para la celebración de un contrato de concesión, para que el Concesionario realice, por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, las Obras de Construcción, mejoramiento y Rehabilitación, la operación y el mantenimiento de dichas obras, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial "Bosa-Granada-Girardot", todo esto de acuerdo*

[289] Folios 621 a 624 del Cuaderno de Pruebas No. 26, y folios 10 a 11 del Cuaderno de Pruebas No. 31.

con los correspondiente pliegos de condiciones y demás documentos de la licitación."

Quedó claro, pues, desde la apertura misma de la Licitación, que el Concesionario debía realizar *"por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios...la financiación..."*, lo cual, se repite una vez más, era armónico con la estructura de la licitación adoptada por el INCO con base en las recomendaciones de sus asesores.

4) Pliego de Condiciones.

De este documento el Tribunal encuentra relevantes para el asunto que se analiza los siguientes aspectos:

1.1. CONVOCATORIA DE LA LICITACIÓN

"El INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO) se permite convocar... a una licitación pública con el objeto de seleccionar la Propuesta más favorable para la celebración de un Contrato de Concesión, cuyo objeto será... el otorgamiento de una Concesión para que el Concesionario realice, por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, las Obras de Construcción y Rehabilitación, la operación y el mantenimiento de dichas obras, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad de INVIAS cedidos al INCO, los cuales serán dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial "Bosa-Granada-Girardot..."

Nótese que en el Pliego se repitió con las mismas palabras empleadas en la Resolución de Apertura de la Licitación que el Concesionario debía realizar, *"por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios,...la financiación..."*, lo cual, se repite, armonizaba con la estructura adoptada para la Licitación.

"1.3. DEFINICIONES

12. Cuarto de Datos: Es el lugar en el cual se depositarán para consulta de los Proponentes algunos documentos y cierta información que tiene actualmente a su disposición el INCO, que puede estar relacionada con la Concesión. La información disponible en el Cuarto de Datos tendrá el alcance que se señala en el numeral 1.9 de este Pliego".

"1.9. CUARTO DE DATOS Y FUENTES ADICIONALES DE INFORMACIÓN."

> Se precisa que los estudios y conceptos estarán disponibles a título meramente informativo, entendiéndose por tanto que no es información entregada por el INCO para efectos de la presentación de las propuestas; y no hacen parte del Pliego ni del Contrato, a menos que en dicho pliego, o contrato se haga referencia a ellos, caso en el cual tendrán la obligatoriedad y aplicación que se prevea de manera explícita en el Pliego o sus Anexos.
>
> *"Como consecuencia de lo anterior, los Proponentes, al elaborar la propuesta, deberán tener en cuenta que el cálculo de los costos y gastos, cualesquiera que ellos sean, se deberá basar estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones", los cuales "podrán apartarse, en todo o en parte, de los estudios y estimaciones que se encuentren o que se deriven de los documentos consultados en el cuarto de Datos."*[290]

En relación con los textos que se acaban de trascribir el Tribunal se permite puntualizar lo siguiente:

Las características de la estructura de la Licitación a que el Tribunal se ha referido varias veces anteriormente, explican los dos apartes del Pliego transcritos. Si los diseños definitivos de la vía serían elaborados por el Concesionario después de la celebración del Contrato de Concesión respectivo y si tales diseños determinarían definitivamente el número de predios requeridos para la ejecución del Proyecto, su ubicación y su extensión, era apenas natural que los documentos que se encontraban disponibles en el Cuarto de Datos tuvieran el alcance que señalaba el numeral 1.9 del Pliego. Sin que dicho alcance implicara de ninguna manera exención de responsabilidad para el INCO, pues eran las características de la licitación y de la forma contractual adoptadas, las que exigían que el cálculo de los costos y gastos que estaban obligados a hacer los proponentes se basaran *"estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones"*. Y, como consecuencia lógica de lo anterior, esos cálculos podían *"apartarse, en todo o en parte, de los estudios y estimaciones que se encuentren o que se deriven de los documentos consultados en el cuarto de Datos."*

Continúa el Pliego de Condiciones:

> *"1.10. DEBIDA DILIGENCIA E INFORMACIÓN SOBRE EL PROYECTO."*
>
> *"Por la sola presentación de la Propuestas se considera que los Proponentes han realizado el examen completo de los sitios, lugares y terreno en donde se desarrollará el Proyecto y que han investigado plenamente las condiciones de*

[290] Cuaderno de Pruebas No. 2, fls. 738 y 739.

trabajo, los riesgos, y en general, todos los factores determinantes de los costos de ejecución de los trabajos, los cuales se incluyen en los términos de la Propuesta."

"La circunstancia de que el Proponente que resulte ganador de la Licitación no haya obtenido toda la información que pueda influir en la determinación de los costos, no lo eximirá de responsabilidad por la ejecución completa de las obras y del Proyecto de conformidad con el Contrato, ni le dará derecho a reembolso de costos, ni reclamaciones y reconocimientos adicionales de ninguna naturaleza por parte del INCO... Es responsabilidad exclusiva de ellos (los Proponentes) la visita a la zona en que se desarrollará el Proyecto."

"De este Pliego y sus Anexos no se debe deducir declaración o garantía alguna con respecto al logro o la razonabilidad de las proyecciones, las perspectivas, la situación macroeconómica, tributaria y fiscal, los rendimientos operativos o financieros, o el plan y costos de las inversiones necesarias para llevar a cabo el Proyecto, que lleguen a soportar la Propuesta de los Proponentes."[291]

En absoluta concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.9 del Pliego, el numeral 1.10 dispone que *"Por la sola presentación de las Propuestas se considera que los Proponentes ... han investigado plenamente"*, entre otras cosas, *"todos los factores determinantes de los costos de ejecución de los trabajos, los cuales se incluyen en los términos de la Propuesta."* Y la omisión de no haber obtenido toda la información que pueda influir en la determinación de los costos, es decir, la propia culpa, no puede constituir una eximente de responsabilidad, como es apenas lógico.

Y también en forma concordante con lo dispuesto en el numeral 1.9 y en el párrafo 1 del numeral 1.10 se dispone que del Pliego y sus Anexos *"no se debe deducir declaración o garantía alguna con respecto"*, entre otras cosas, al *"plan y costos de las inversiones necesarias para llevar a cabo el Proyecto, que lleguen a soportar la Propuesta de los Proponentes."* Se insiste así en que el cálculo de los costos y gastos que demandara la ejecución del Proyecto debía realizarlo el proponente bajo su exclusiva responsabilidad. Desafortunadamente se desconoce cómo hizo los cálculos el licitante ganador, pues no fue posible tener acceso dentro de este trámite arbitral a su modelo financiero. El Tribunal quiere recordar que, como es obvio, cláusulas como las últimamente transcritas tienen un efecto plenamente vinculante entre las partes y no deben ser tomadas como simples formulismos que deben cumplirse para participar en una licitación.

[291] Cuaderno de Pruebas No. 2 fls. 739, 740, 741.

Más adelante se dice en el Pliego de Condiciones:

> *"5.11. ELABORACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA."*
>
> *Se establece que la oferta económica debe presentarse "siguiendo el formulario contenido en el Anexo 2 de este Pliego. Al diligenciar este Anexo, los Proponentes deberán tomar en cuenta que los cálculos del Ingreso Esperado del Proyecto deben cubrir e incluir todos los costos directos e indirectos de los suministros y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del Contrato de Concesión y con todas las obligaciones y asunción de riesgos que emanen del mismo."*
>
> Los criterios para determinar el alcance del Ingreso Esperado fueron plasmados en la cláusula 16 el Contrato así: *"El Ingreso Esperado es la suma propuesta por el Concesionario como remuneración para cumplir el objeto del presente Contrato, suma que equivale a OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL MILLONES de pesos de diciembre de 2002 (COL$882.000.000.000.oo), de acuerdo con su propuesta..."*
>
> *"5.12. DETERMINACIÓN DEL VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO."*
>
> *Interesa en este numeral la reiteración del criterio expresado en el numeral 5.11., en estos términos: "... de conformidad con el Contrato de Concesión, el Proponente que resulte Adjudicatario de la Licitación, deberá asumir por su cuenta y riesgo todos los costos y gastos asociados al Proyecto, de acuerdo con la distribución de responsabilidades y riesgos que el Contrato prevé..."*[292]

En perfecta concordancia con los principios fijados en el Pliego, la cláusula 18 del Contrato determinó así el Valor Efectivo del Contrato:

> *"El Valor Efectivo del Contrato remunera todos los riesgos asumidos por el Concesionario de conformidad con lo establecido en la CLÁUSULA 14 de este Contrato... y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato." Y agrega: "El valor efectivo de este Contrato remunera también la asunción de los riesgos comerciales, de construcción, ambientales, prediales, de operación, administrativos, financieros, tributarios, regulatorios, soberano, político; el riesgo geológico y de devaluación y todos los demás que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este contrato, salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo del INCO."*

[292] Cuaderno de Pruebas No. 2, fls. 784, 785.

En los dos numerales del Pliego últimamente trascritos, se precisan los conceptos de Ingreso Esperado y de Valor Estimado del Contrato. El primero cubre *"todos los costos directos e indirectos de los suministros y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del Contrato de Concesión y con todas las obligaciones y asunción de riesgos que emanen del mismo"*; su valor fue estimado por el licitante en la suma de $882.000 millones de diciembre de 2002. Y el segundo incluye *"todos los costos y gastos asociados al Proyecto, de acuerdo con la distribución de responsabilidades y riesgos que el Contrato prevé..."*; y fue estimado por el proponente en $422.000 millones de diciembre de 2002.

Así las cosas, al Concesionario se le remuneran con el Ingreso Esperado todo el riesgo asumido y todos los costos directos e indirectos que demande la ejecución del Contrato y en el Valor Estimado del Contrato se incluyen también la totalidad de esos costos. Sobra decir que los mencionados costos incluyen los costos prediales, tanto los generados por la gestión como por la adquisición ($36.000 millones de diciembre de 2002), así como los anejos a la financiación total requerida por la ejecución del Proyecto en general y los inherentes a la financiación provisional que se obligaba a otorgar el Concesionario para cubrir el Mayor Valor de los Predios, en particular.

Y por su parte, las dos cláusulas contractuales transcritas apuntan en la misma dirección. En la primera se establece que el Ingreso Esperado ha sido propuesto por el Concesionario *"como remuneración para cumplir el objeto del presente Contrato"*. Y en la segunda se establece expresamente que el Valor Efectivo del Contrato *"remunera todos los riesgos asumidos por el Concesionario"..., "incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato..." y remunera, entre otros, "la asunción de los riesgos comerciales, de construcción, ambientales, prediales, de operación, administrativos, financieros, tributarios, regulatorios, soberano, político..."*.

Dentro de la estructura de la Licitación, el Ingreso Esperado es la contraprestación por cumplir el objeto del Contrato y su obtención determina la duración del mismo en un plazo dado. Y en el Valor Efectivo del Contrato se incluía, entre otros, el riesgo de financiación en general, y en particular el derivado de la obligación de financiar temporalmente el Mayor Valor de los Predios. Así lo entiende el Tribunal. No se sabe, sin embargo, cómo lo entendió el licitante-concesionario, pues no fue posible conocer su modelo financiero para la elaboración de la propuesta.

5) <u>Desarrollo de la licitación.</u>

Durante el plazo de la Licitación se realizaron las audiencias de preguntas y respuestas y, además, se recibieron las solicitudes de aclaraciones y modificaciones al Pliego, las cuales obran en el Cuaderno de Pruebas 63, folios 132 a 167 y 557 a 621. En relación con tales audiencias y solicitudes debe destacarse la actitud pasiva asumida por el licitante "Sociedad Futura Concesión Bogotá-Girardot" y sus integrantes, que contrasta con la gran actividad desplegada por los integrantes de otros de los licitantes, como Odinsa, CSS Constructores, Conciviles, INGETEC y Conconcreto. Como resultado de este proceso se emitieron 5 adendas al Pliego que, en lo relativo al tema que nos ocupa, tiene importancia la Adenda No. 3 a la que ya se refirió el Tribunal.

Como ya se expuso a partir de la Adenda No. 3 al Pliego de Condiciones se concluye que: i) si los fondos existentes en la Subcuenta Predios del Fideicomiso no eran suficientes para pagar el precio de los predios necesarios para la ejecución del Proyecto ($27.000 millones de diciembre de 2002), el Concesionario debía aportar la suma de $9.000 millones de diciembre de 2002; y ii) si con el aporte que se acaba de indicar subsistía el faltante para adquisición de predios, el Concesionario debía suministrar tales recursos faltantes (financiar) y el INCO debía reembolsarlos en un plazo máximo de 18 meses, con intereses del DTF+7 y moratorios según la cláusula 66 del Contrato. Nuevamente se daba aplicación al criterio del documento CONPES 3045 de 1999 sobre estructuración financiera de las concesiones de tercera generación.

6) Propuesta del Concesionario.

Con fecha 26 de febrero de 2004, la Promesa de sociedad futura CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT, representada por Guido Alberto Nule Marino, presentó la propuesta.

En la Carta de Presentación respectiva el licitante declara, entre otras cosas, lo siguiente: *"1. Que conocemos la información general y los pliegos de condiciones y aceptamos los requisitos en ellos contenidos... 3. Que nos comprometemos a ejecutar totalmente el contrato en el plazo establecido en los pliegos de condiciones y sus Anexos, si resultamos adjudicatarios de la licitación. 4. Que hemos recibido los siguientes Adendos: (se enumeran las adendas 1 a 5 antes mencionadas). "... y manifestamos que aceptamos su contenido."*

Íntimamente relacionada con estas declaraciones del licitante está la cláusula 62 del Contrato, trasunto fiel de la cláusula 62 de la minuta de contrato anexa al Pliego, cuyo texto es el siguiente:

"CLÁUSULA 62. INFORMACIÓN Y CONOCIMIENTO DEL PROYECTO

"62.1 El Concesionario declara que conoce y ha revisado cuidadosamente todos los asuntos e informaciones relacionados con la celebración y ejecución de este Contrato sin limitarse a los lugares donde se ejecutará, incluyendo... la normatividad jurídica aplicable y, en general, todos los demás aspectos que puedan afectar la ejecución del Contrato, todo lo cual fue tomado en cuenta en la preparación de la Propuesta del Concesionario."

El Tribunal reitera que declaraciones como las anteriores no son el cumplimiento de simples formulismos para aspirar a la adjudicación dentro de una licitación o para firmar un contrato, sino declaraciones de voluntad productoras de efectos jurídicos.

7) Adjudicación

Mediante Resolución No. 633 del 28 de junio de 2004 proferida por el INCO se adjudicó el contrato a la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ-GIRARDOT S.A.

En esta resolución se reitera, tanto en la parte considerativa como en la resolutiva, el objeto del contrato, en forma coincidente con la resolución de apertura de la licitación, el Pliego de Condiciones y su minuta de contrato de concesión anexa, en términos que no sobra repetir una vez más: "*para que el Concesionario realice, por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, las Obras de Construcción, mejoramiento y Rehabilitación, la operación y el mantenimiento de dichas obras, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial "Bosa-Granada-Girardot"*

8) Contrato de Concesión y Otrosíes

Previo el cumplimiento de los requisitos pertinentes, el 1 de julio de 2004 se suscribió por el INCO y la sociedad Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A. el Contrato de Concesión No. GG-040-2004. Y entre el 30 de julio de 2004 y el 20 de octubre de 2014, INCO y Concesionario celebraron 25 otrosíes y un adicional al Contrato, con el objeto de introducirle aclaraciones, precisiones de su alcance, adiciones y modificaciones[293].

Los aspectos relevantes para el análisis del caso que nos ocupa, contenidos en el Contrato y sus Otrosíes, se indican a continuación.

[293] Cuaderno de Pruebas No. 3, fls.263 a 347.

a) Objeto del contrato

➢ CLÁUSULA 2. OBJETO DEL CONTRATO

Nuevamente en forma coincidente con la resolución de apertura de la licitación, el Pliego de Condiciones y su minuta de contrato de concesión anexa, y la resolución de adjudicación, se determina el objeto del Contrato en los siguientes términos:

> *"El objeto del presente Contrato, es el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, realice por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, la ejecución de las Obras de Construcción y Rehabilitación, la operación y el mantenimiento de dichas obras, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INCO dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial "Bosa-Granada-Girardot, bajo el control y vigilancia del INCO y adelante los diseños para una ciclo ruta en el Trayecto 2, en el Trayecto 3, en el Trayecto 6, en el Trayecto 7 y en el Trayecto 10."*

Resulta de una claridad meridiana, entonces, que el Concesionario debía llevar a cabo, por su cuenta y riesgo, entre otras actividades, los estudios y diseños definitivos para la construcción y rehabilitación de la vía, la adquisición de los predios requeridos para el mismo efecto y la financiación necesaria para la ejecución del Contrato. Así se hizo saber a los interesados en la resolución de apertura de la licitación, así se consignó en el Pliego de Condiciones y en su minuta del Contrato, y así se preceptuó en la cláusula 2 del Contrato de Concesión celebrado por las partes. En estas condiciones se pregunta nuevamente el Tribunal cómo hizo los cálculos para su propuesta económica el licitante-concesionario y cómo concluyó que el Proyecto era rentable. La respuesta es la misma dada a preguntas similares formuladas anteriormente: desafortunadamente no fue posible conocer el modelo financiero que sirvió de base a la propuesta del licitante.

b) Diseños de las obras a ejecutar

A este respecto el Tribunal destaca las cláusulas 1, numeral 1.21, 8, cuyo numeral 8.3 fue modificado por la cláusula 7 del Otrosí No. 8, y la 34 del Contrato, las cuales se transcriben a continuación:

> *"CLÁUSULA 1. DEFINICIONES (Adenda No. 3, numeral 5.3)*
>
> *1.21 "Especificaciones Técnicas de Diseño"*

"Se entenderán por tales las normas y parámetros mínimos que deberá cumplir el Concesionario al realizar los diseños de las Obras de Construcción y Rehabilitación... Dichas especificaciones se entienden incluidas en el Apéndice 2 del Contrato de Concesión. Las normas y parámetros que se establecen en dicho apéndice corresponden a mínimos que no excusan al Concesionario de la obtención de los resultados establecidos en dicho apéndice y el presente Contrato."[294].

CLÁUSULA 8. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN.

"8.3. Adquisición de predios. (Subrogado Otrosí no. 4, cláusula 7)
"El Concesionario deberá realizar los estudios, entregar la información y adelantar todos los trámites necesarios, incluyendo, pero sin limitarse a los señalados en la CLÁUSULA 37 de este contrato para disponer de los predios que sean requeridos para las obras de Construcción y Rehabilitación en todos los Trayectos del Proyecto, de conformidad con lo señalado en la citada cláusula. Lo anterior aplica para todos los Trayectos del Proyecto, salvo para las obras previstas en el Trayecto 7, para las cuales la adquisición de predios se realizará dentro del plazo señalado en los numerales 3.4 y 3.5 de la cláusula 3."

"El INCO deberá adelantar exclusivamente los trámites establecidos en los numerales 37.8, 37.9, 37.11, 37.12 y 37.15 de la CLÁUSULA 37, para adquisición de predios en los términos y condiciones ahí establecidos."

"8.6. Presentación de estudios y diseños.

"El Concesionario deberá elaborar y presentar al Interventor y al INCO diseños propios a nivel de detalle, para adelantar las Obras de Construcción y Rehabilitación que deban efectuarse en desarrollo de este Contrato, en los términos previstos en la CLÁUSULA 34 del mismo...

(...)

"El cumplimiento de esta obligación relativa a los diseños no será exigido para la firma del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción y Rehabilitación...", pero sí "para la realización de actividades de construcción, rehabilitación y mantenimiento del Trayecto 11."

"CLÁUSULA 34. DISEÑOS Y PROGRAMA DE OBRA.

"34.1 Diseño para las Obras de Construcción y Rehabilitación.

[294] Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 260.

"El Concesionario deberá elaborar y entregar al Interventor antes del vencimiento del quinto (5) mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, sus propios estudios y diseños de detalle para la ejecución de las Obras de Construcción y Rehabilitación incluidas en el Proyecto, orientados a dar cumplimiento a los resultados exigidos en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación…

"Estos diseños deben ajustarse a los términos para elaboración de diseños definitivos para construcción, adoptados por el INCO, además de permitir el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a su cargo, en especial con las siguientes obligaciones: i) modificar si es del caso la Licencia Ambiental otorgada por la autoridad ambiental competente para el desarrollo del Proyecto; ii) determinar la ubicación georeferenciada de los predios requeridos para adelantar las Obras de Construcción y Rehabilitación; y iii) cumplir con las Especificaciones Generales de Construcción y las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación.

"La elaboración de los diseños para la ejecución de las Obras de Construcción y Rehabilitación son responsabilidad única y exclusiva del Concesionario y cualquier error cometido en los mismos será completa responsabilidad del Concesionario.

"Aunque el Interventor tiene la obligación frente al INCO (no frente al Concesionario) de analizar dichos diseños y advertir y comunicar al Concesionario cualquier inconsistencia entre dichos diseños y las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación, esta comunicación del Interventor o su silencio, no se entenderá como no objeción de los diseños entregados y no servirá de excusa al Concesionario para el no cumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación o para el no cumplimiento de cualquier otra de sus obligaciones bajo este contrato. En consecuencia, el Concesionario deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento los diseños de detalle presentados, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de dar cumplimiento a los resultados previstos en este Contrato. De estas adecuaciones o modificaciones el Concesionario dará noticia al Interventor, entregándole los documentos técnicos que correspondan."

De acuerdo con los textos transcritos, los diseños definitivos a nivel de detalle para la construcción y rehabilitación de la vía Bogotá-Girardot debían ser entregados por el concesionario al Interventor y al INCO dentro de los 5 meses siguientes a la firma del Acta de Inicio de Ejecución, pero el cumplimiento de esta obligación no era requisito previo para iniciar las Obras de Construcción y Rehabilitación. Quiere decir lo anterior que los diseños se podían terminar y modificar durante la Etapa de Construcción y Rehabilitación, precisamente por

las características del tipo de contrato de concesión escogido al estructurar la Licitación. Esas características impedían ofrecer a los interesados en licitar unos diseños definitivos y por tanto también impedían conocer con certeza la afectación predial que se produciría. Corroboran estos textos lo dicho por el perito técnico en el sentido de que los diseños que obraban en los estudios previos a la licitación no eran obligatorios. Cómo iban a serlo si aún los definitivos podían ser modificados en cualquier momento por el Concesionario con el objeto de alcanzar las metas previstas en el Contrato, como efectivamente se modificaron.

Es absolutamente coherente con lo que acaba de señalarse que la elaboración de los diseños de que se viene tratando fuera responsabilidad exclusiva del Concesionario, quien debía entregarlos al INCO y al Interventor, pero no requerían su aprobación. Los diseños definitivos a nivel de detalle, según entiende el Tribunal, debían elaborarse antes de iniciar las obras de construcción y rehabilitación, pero podían completarse, o modificarse durante la ejecución de tales obras para los fines indicados en el Contrato. Únicamente con base en estos diseños definitivos, que el perito técnico llama diseños de construcción o diseños del Concesionario, era posible conocer con cierto grado de certeza los predios afectados por la construcción y rehabilitación de la carretera.

Lo hasta aquí dicho sobre la elaboración de los diseños fue determinante de la manera como se estructuró la licitación y como se reguló este asunto en el Contrato. Y tiene, además, una importancia capital en la resolución de la controversia planteada. El hecho de que no fuera posible elaborar desde un principio los diseños definitivos y tampoco lo fuera determinar desde un comienzo la afectación predial que se produciría explican que en la estructuración de la Licitación se haya optado por establecer una suma fija como aporte del Concesionario al pago de los predios requeridos para los efectos dichos, y se haya previsto que el Mayor Valor de los Predios estaría a cargo de INCO, pero el Concesionario debía financiarlo temporalmente.

Lo dicho hasta aquí no puede interpretarse como que el riesgo predial haya sido ilimitado. Sencillamente era indeterminado pero determinable. La determinación se produjo con la elaboración de los diseños definitivos para la rehabilitación y construcción de la vía en los términos previstos en el Contrato. Esta característica de que el riesgo predial sea indeterminado pero determinable explica que la elaboración de los diseños fuera responsabilidad exclusiva del Concesionario, así como el cálculo de todos los costos y gastos del Proyecto. Por lo demás, nuestro ordenamiento jurídico permite que el objeto de la obligación sea indeterminado pero determinable; el artículo 1.518 del Código Civil, aplicable al presente caso por disposición del artículo 13 de la Ley 80 de

1993, preceptúa en su inciso 2º: *"La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla."* Es pertinente agregar que si se considerara que existe un límite a la financiación de la adquisición predial, debe señalarse que el doctor Enrique Villota, experto presentado por la parte demandante, al ser preguntado acerca del límite aplicable en tal caso contestó "*SR. VILLOTA: El límite debería ser el ingreso esperado."*

Finalmente, no sobra poner de presente una vez más que los diseños para la construcción y rehabilitación de la vía debían ser hechos por el Concesionario bajo su responsabilidad. A este respecto, el Tribunal encuentra conveniente traer en apoyo de lo expuesto sobre este tema de la elaboración de los diseños la peritación del ingeniero civil Héctor Parra Ferro, perito técnico designado por el Tribunal.

El perito empieza por distinguir los diseños de la licitación y los del Concesionario. Los primeros los define como *"Diseños del Proyecto realizados por el Consorcio INGETEC-PIV-BATEMAN y entregados al INCO (hoy ANI) en 1998 como información clave de referencia para la estructuración de la licitación de la concesión."* Y los segundos como *"Diseños construidos o en construcción entregados por el Concesionario a la ANI, a la iniciación de la construcción de cada trayecto, a lo largo del contrato de concesión."* [295]

A renglón seguido, el perito técnico se refiere a la relación entre diseño geométrico y requerimientos prediales en los siguientes términos:

> ***"B.3.1. Diseño Geométrico y Predios.***
>
> *"El diseño geométrico de la vía se basó en ampliar a doble calzada la carretera existente de Bogotá a Girardot y tuvo su primera versión con el diseño Fase III para la estructuración de la licitación de la Concesión adelantado por el Consorcio INGETEC/PIV/BATEMAN en 1998. A su vez, el Concesionario ganador de la licitación toma como base ese diseño del proceso licitatorio y lo modifica o lo corrige según normatividad actualizada, y según muchos otros factores que se explican en detalle en las respuestas. De acuerdo con las reglas de la licitación, el diseño geométrico de la estructuración es de referencia para el concesionario ganador, pero no lo obliga."* [296]

[295] Dictamen del perito técnico ingeniero Héctor Parra Ferro, mayo de 2013, A. Definiciones y convenciones, página 11 de 25 (folio 12 del Cuaderno de Pruebas 27).
[296] Ib., B Introducción, página 19 de 25.

El Consorcio INGETEC-PIV-BATEMAN -sigue el perito- estimó los requerimientos prediales del Proyecto en los trayectos 3 a 11 en 405 predios con un área total de 444.406.77 m2; urbanos, 60 (172.532 m2) y rurales 345 (271.874.77 m2)[297]. La estimación del Concesionario en la etapa de construcción fue de 1.469 predios con una cabida total de 213.45 ha; en adición hubo 338 predios con una extensión de 64.29 ha que corresponden a obras adicionales contempladas en otrosíes y modificaciones al contrato[298].

La diferencia entre una y otra estimaciones la explica el perito así:

> *"... la implantación de los diseños de un proyecto vial tiene una implicación predial en la zona donde se realizará el proyecto; esta afectación está dada en función de la etapa en la cual se desarrolle la estimación de la afectación predial. Por ello se establecen dos escenarios para el cálculo de la afectación predial en la ejecución del proyecto vial.*
>
> - *"Estimación predial durante la etapa de diseño (y)*
> - *"Afectación predial durante la etapa de construcción del proyecto."*

Durante la primera etapa, continúa diciendo el ingeniero Parra Ferro, los factores de la afectación son el trazado, los derechos de vía, los POT municipales y las líneas de los chaflanes en los diseños. En la segunda etapa los factores de afectación son la seguridad, la inestabilidad de taludes, los requerimientos ambientales, los predios en riesgo, las zonas inestables y los predios especiales[299].

El resultado final del incremento predial en el proyecto Bosa-Granada-Girardot, en concepto del perito fue así: De acuerdo con los diseños de construcción el área de afectación predial fue de 2.446.791.82 m2; en tanto que de acuerdo con los diseños de licitación era de 466.123.28 m2; el incremento es de 1.980.668.53 m2 y el porcentaje de incremento del 425%[300].

En concepto del perito, esta gran diferencia no se debe exclusivamente al cambio de diseños. Otras causas, relacionadas con dicho cambio de diseños, la explican en mayor o menor grado, tales como: *"diferencias de nivel de detalle de la información predial con el que se trabajó en el diseño para preparación de pliegos de licitación y el nivel de detalle con el que se debe trabajar en el proceso de rehabilitación y construcción; anchura "de los separadores de la vía"* que

[297] Ib. 1A, páginas 15 y 16 de 18.
[298] Ib. 2A, página 23 de 24.
[299] Ib. 3A, páginas 36 y 37 de 54.
[300] Ib. 3A, página 52 de 54.

fueron ampliados; redefinición *"de áreas de un nuevo derecho de vía"*; aplicación de nuevas normas de diseño de vías expedidas por la ANI; nuevas obras acordadas en otrosíes y adicionales al Contrato[301].

Concluye el perito:

> *"...durante el desarrollo del Contrato de Concesión la ANI ha tenido que asumir la compra de 276.5 hectáreas en 1.707 predios, en lugar del estimativo inicial de 44.4 hectáreas en 405 predios. A su vez, el Concesionario también pasó de tener que financiar temporalmente con las reglas contractuales lo que se estimó en el contrato inicial, a un nuevo escenario con los incrementos señalados. Por otra parte, se puede apreciar que aproximadamente el 50% del incremento en áreas de predios afectados por los diseños de construcción corresponde a las consecuencias del incremento en el ancho de los separadores y la compra de los predios para la conformación del nuevo corredor vial, decisión que fue adoptada por el Concesionario, "apartándose de los diseños de licitación."*

Para el Tribunal el informe del perito técnico permite llegar a las conclusiones que se exponen seguidamente.

El diseño de licitación no coincide con el de construcción en este tipo de contratos. Mientras el primero es teórico y por tanto meramente indicativo, el segundo es totalmente real. Sobre la base del primero tampoco es adecuado estructurar la propuesta de una licitación, sobre todo teniendo en cuenta que algunos integrantes de la Promesa de Sociedad Futura Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A., que participó en la Licitación y resultó ganadora, eran expertos en la construcción de obras civiles. Debían tener claro, en consecuencia, que lo natural en este tipo de contratos de concesión es que estos dos diseños no coincidan entre sí.

El diseño, cualquiera que sea, produce una afectación predial, cuya extensión y número de predios depende de la etapa durante la cual se elabore, pues en cada una de las etapas que se mencionan en la peritación inciden diversos factores en la determinación de la afectación. Se explica así que el diseño geométrico de la estructuración sea de referencia para el concesionario ganador, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con la minuta del Contrato y el contrato mismo, el Concesionario debía entregar al INCO y a la Interventoría los diseños definitivos a nivel de detalle, los cuales podía modificar en cualquier momento para alcanzar los resultados que se buscaban con la ejecución del Proyecto.

[301] Ib. 4A, páginas 10-13 de 15.

Estas peculiaridades de los diseños y su consecuente afectación predial debían ser conocidas por los constructores de obras civiles que hacían parte de la Promesa de Sociedad Futura Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A. No obstante, ahora se pretende que el diseño inicialmente previsto por la entidad pública se considere como incorrecto y por tanto fuente de indemnizaciones, por no coincidir con el diseño definitivo elaborado por el Concesionario. Se olvida a este respecto que: i) la hechura de los diseños definitivos es responsabilidad del Concesionario; ii) en la elaboración de dichos diseños, el concesionario sólo debía tomar en cuenta la obtención de los resultados exigidos en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación y ajustarse a las reglas para la elaboración de diseños definitivos para construcción adoptadas por el INCO; y iii) el concesionario *"deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento los diseños de detalle"* para los fines antes indicados, como lo dispone la cláusula 34 del Contrato, y como de hecho lo hizo.

Se explica así la gran diferencia presentada en el Proyecto Bosa - Granada-Girardot entre la afectación predial prevista con los diseños iniciales y la real calculada con los diseños definitivos elaborados por el Concesionario, y que, como lo observa el perito, no obedece únicamente al cambio de diseños, sino también a otros factores, todos ellos relacionados con dicho cambio. Esa diferencia no tiene el alcance que se pretende atribuirle, en el sentido de que el riesgo predial se desbordó e imposibilitó el cumplimiento del Contrato. Simplemente, los dos diseños para las obras de construcción y rehabilitación no coincidían ni podían coincidir, dadas la estructuración de la Licitación y lo acordado en el Contrato. ¿Se tuvo en cuenta este hecho en la elaboración de la propuesta? No se sabe a ciencia cierta, pues el modelo financiero empleado en la formulación de la mencionada propuesta no fue posible conocerlo.

No obstante no conocerse el modelo financiero que sirvió de fundamento a la elaboración de la propuesta, el Dr. Carlos Collins afirma en su testimonio, que para la elaboración de dicha propuesta se basaron en los estudios de INGETEC porque no había tiempo para hacer estudios propios. Veámoslo:

> *"DR. ARANGO: ¿En los otros frentes que sí eran de la concesión, cómo fue el asunto de los predios, ahí ustedes financiaron, no pudieron financiar, se negaron a financiar?*
>
> *"SR. COLLINS: Cuando uno va hacer una licitación, uno recibe información de la entidad que hace la licitación y el tiempo que dan para hacer la licitación no da tiempo para que usted vaya a verificar exactamente los datos que le dan en el cuarto de datos, a uno le dicen, toda la información de esta licitación de Bogotá Girardot está en el cuarto de datos, entonces uno va al cuarto de datos y comienza a ver qué estudios hicieron de predios, sí, INGETEC hizo*

los estudios, INGETEC es una firma que nosotros como contratistas la reconocemos como una firma seria, INGETEC dice, no nosotros, esa no es una oferta de nosotros, esa es una oferta del Estado, cuando hay una licitación los pliegos son una propuesta del Estado, vea, yo quiero hacer esto y la voy a hacer en estas condiciones, cuáles son las condiciones, para los predios usted nos da $27 mil millones, pero si no alcanzan los $27 mil millones, entonces nos da 9 mil más y no alcanzan los 9 mil, entonces nos presta una plata y nosotros le pagamos unos intereses del DTF más 7 y se lo pagamos en 18 meses."

c) Presunto desplazamiento del riesgo predial del Inco al concesionario

Para el estudio de este tema deben considerarse las cláusulas del Contrato GG-040-2004 que se reproducen enseguida:

- CLÁUSULA 14. RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO.

"A partir de la fecha de suscripción del Contrato, el Concesionario asume los efectos derivados de todos y cada uno de los riesgos de este Contrato, salvo los casos en que expresamente se ha determinado lo contrario. En este sentido, el Concesionario asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato, sus anexos y sus Apéndices o que se deriven de la naturaleza de este Contrato.

"Por lo tanto,...el INCO no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al Concesionario, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el presente Contrato."

A continuación se hace una enumeración de 15 riesgos que asume el Concesionario. De esa enumeración encuentra el Tribunal que debe resaltarse el numeral 14.5, en el cual se reitera "que es una obligación contractual del Concesionario obtener la completa financiación para la ejecución de Proyecto".

- CLÁUSULA 15. RIESGOS QUE ASUME EL INCO.

Interesa en esta cláusula la formulación general que se hace antes de entrar a enumerar los riesgos que asume el INCO, en los siguientes

términos: *"A partir de la fecha de suscripción del Contrato, el INCO asume, única y exclusivamente, los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que de manera expresa y clara se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato y sus apéndices..."*

A continuación se enumeran 4 riesgos específicos que asume el INCO, los cuales no son pertinentes para el tema que se analiza.

En relación con los textos contractuales transcritos, y teniendo en cuenta el análisis realizado en el aparte anterior sobre la interpretación de la Cláusula 37, el Tribunal se permite hacer las siguientes precisiones.

Como ya se indicó al analizar los documentos CONPES (3101 y 3133 de 2001) y las cláusulas del Contrato y del Otrosí No. 8 que consagraron los criterios contenidos en tales documentos (12.3, 14.5, 8.3, 12.16, 37, 37.16 y 13 del Otrosí No. 8), los riesgos fueron asignados a las partes de la siguiente manera: al Concesionario se asignó el riesgo financiero en su totalidad y el riesgo predial en cuanto a la gestión de adquisición de predios bajo el control y vigilancia de la entidad pública concedente y en cuanto a la financiación del Mayor Valor de los Predios ; al INCO se asignó el riesgo predial en cuanto a su control y responsabilidad por la compra de los inmuebles requeridos, y en cuanto al Mayor Valor de los Predios. Las cláusulas 14 y 15 del Contrato que se han transcrito parcialmente en nada modificaron esta distribución. Simplemente fijaron criterios generales en materia de asignación de riesgos y describieron estos con más detalle.

La conclusión es diáfana: el riesgo financiero fue asignado íntegramente al Concesionario y el predial fue compartido por las partes en la forma indicada. No es que el INCO haya confundido el riesgo predial con la gestión predial y haya trasladado dicho riesgo predial al Concesionario. No. El riesgo predial se mantuvo en cabeza del INCO en lo relativo a pagar el Mayor Valor de los Predios y al control y vigilancia de la gestión predial, y en cabeza del Concesionario en lo atinente a dicha gestión predial y a la financiación del Mayor Valor de los Predios, teniendo en cuenta los inmuebles requeridos para la ejecución del proyecto conforme a los diseños elaborados por el Concesionario.

No había por qué ni para qué trasladar el riesgo predial al Concesionario. Como ha quedado establecido, él asumió desde el principio el riesgo predial en cuanto a la gestión de la adquisición de inmuebles y en cuanto a la financiación de los recursos necesarios para cubrir el Mayor Valor de los Predios. La adquisición de los inmuebles tantas veces mencionados era obligación del Concesionario y para

el pago de su precio en exceso de $36.000 millones de diciembre de 2002 tenía, además, la obligación de cubrir temporalmente dicho exceso, es decir, financiarlo; y el INCO, por su parte, estaba obligado a reembolsarle lo pagado en un plazo no mayor de 18 meses y a reconocerle intereses del DTF + 7 puntos porcentuales, y en su caso, los intereses moratorios de acuerdo con la cláusula 66 del Contrato.

D. Financiación de la adquisición de predios

¿Cuál era el límite de esa financiación? Como ya se expuso éste se determinaba a partir de los diseños del Proyecto que fueron elaborados por el Concesionario.

Sin embargo, la convocante interpreta la cláusula que se estudia de manera diferente y arriba a conclusiones distintas a las del Tribunal, como se indica enseguida:

- Una vez agotados los $36.000 millones, el INCO debía suministrar los recursos necesarios para la adquisición de los predios necesarios para la cabal ejecución del proyecto y también los dineros requeridos para pagar los sobrecostos asociados al pago de servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos.

- Pero el INCO pretendió que esos recursos faltantes debían ser suministrados por el Concesionario y la entidad pública los reembolsaría en las condiciones anotadas.

- La exigencia del INCO que se viene de mencionar constituye un incumplimiento del Contrato y fue el producto de confundir el riesgo predial con la gestión predial e implicó el traslado de tal riesgo del concedente al concesionario.

El Tribunal ya ha dejado sentadas a este respecto algunas conclusiones que conviene traer a cuento nuevamente.

En la distribución de riesgos entre las partes que se hace en el Contrato de Concesión corresponde conjuntamente el predial al INCO, en cuanto se obliga a reembolsar el Mayor Valor de los Predios pagado por el Concesionario, y al Concesionario, en cuanto se obliga a financiar del Mayor Valor de los Predios. La gestión predial se asigna al Concesionario, bajo el control y la responsabilidad del INCO.

Así se dispone en: i) los documentos CONPES ya analizados y en las disposiciones contractuales que dieron aplicación a los criterios fijados en dichos documentos; ii) las resoluciones de apertura de la licitación y de adjudicación, el pliego de condiciones y la cláusula 2 del Contrato, en cuanto incluyen en el objeto de la licitación y por ende del Contrato, entre otras, las obligaciones del Concesionario de realizar por su cuenta y riesgo la adquisición de los predios necesarios para la ejecución del Contrato y la financiación que demandara el cumplimiento del mismo; y iii) otras normas contractuales, ya citadas y analizadas, y en relación con los sobrecostos anteriormente indicados, especialmente los numerales 37.21 y 37.22.1 del cláusula 37 del Contrato (Otrosí No. 6).

vi. Conclusión

Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal concluye:

En relación con la primera pretensión el Tribunal declarará que de acuerdo con lo expuesto el riesgo predial es compartido entre el INCO y el Concesionario en los términos anteriormente expuestos.

En relación con la segunda pretensión al examinar la matriz de riesgos que obra a folio 21 del Cuaderno de Pruebas No. 94, encuentra el Tribunal que de ella no es posible *"DETERMINAR económicamente el alcance del riesgo predial a cargo del INCO"*. En todo caso, con base en el análisis que ha realizado el Tribunal sobre los documentos contractuales, el objeto de la obligación derivada de la asunción del riesgo predial a cargo del INCO era indeterminado pero determinable; actualmente es posible determinarlo, pero a la hora de formular la propuesta no lo era. No obstante, como lo señaló el experto presentado por la Convocante, Enrique Villota, si se considerara que existía un límite a la financiación predial *"debería ser el ingreso esperado"*.

La tercera por las razones ya expuestas será negada. Como se dejó explicado, el riesgo predial en lo atinente a la gestión de adquisición de los inmuebles y en cuanto a la financiación del Mayor Valor de los Predios, fue claramente asignado al Concesionario, y en el segundo aspecto no se desbordó ni se convirtió en ilimitado.

En relación con la cuarta pretensión, teniendo en cuenta lo establecido en la cláusula 61 del Contrato modificada en el Otrosí No. 14, se declarará que los alcances de las obligaciones económicas a cargo del Concesionario contempladas en la cláusula 61 del Contrato de Concesión GG-040-2004 son los siguientes: Le correspondía al Concesionario asumir el costo de las obras y/o

actividades a realizar para ejecutar las obras de Construcción de la Variante, incorporadas al Convenio Interadministrativo suscrito entre el INCO y el Ministerio de Defensa, hasta la suma de dos mil millones de pesos ($2.000.000.000) de diciembre de 2002, y su mayor valor o diferencia debía ser sufragado por el INCO al Concesionario, mediante el mecanismo de Obras Complementarias.

Finalmente, la pretensión 4.1. no está llamada a prosperar, pues la obligación de reembolsar la suma de $8.208.443.168 corrientes, financiada por el Concesionario para la adquisición de predios en exceso de $36.000 millones de 2002, fue reembolsada por el INCO.

En cuanto a las excepciones propuestas por la convocada en la contestación de la demanda reformada, se tiene lo siguiente:

- El Tribunal declarará no probada la primera excepción, denominada *"Coincidencia interpretativa de las partes sobre el alcance y contenido del numeral 37.6 del Contrato de Concesión GG-040-2004. Inexistencia de conflicto"*, pues como ha quedado explicado, el INCO siempre interpretó el numeral indicado como lo ha hecho el Tribunal, pero el Concesionario lo interpretó de distintas maneras.

- Se declararán probadas las excepciones 2, denominada *"La financiación como obligación esencial del Contrato de Concesión No. GG-040-2004 a cargo del Concesionario en relación con la asignación del riesgo predial"*, la 3, denominada *"El riesgo predial del INCO en la ejecución del contrato de concesión GG-040-2004"*, y la 4, denominada *"La gestión predial en el contrato de concesión GG-040-2004"*, todo, con base en lo expuesto anteriormente.

D. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN MATERIA DE GESTIÓN PREDIAL (ATRASOS Y RIESGO PREDIAL)

i. Pretensiones

En relación con el cumplimiento de las obligaciones en materia de gestión predial la parte demandante formuló las siguientes pretensiones, que el Tribunal procede a examinar.

En la pretensión 5.1 de la reforma de la demanda la demandante solicitó:

"5.1. Con fundamento en las declaraciones anteriores, DETERMINAR que el INCO ha incumplido sus obligaciones contenidas en el Contrato GG-040-2004 en materia predial y de redes servicios públicos y que como consecuencia de ello, no se ha podido obtener los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto vial objeto del Contrato de Concesión GG-040-2004 y se ha afectado la ejecución de la programación."

Y en la pretensión 5.2. de la demanda reformada, la convocante pretende:

***"5.2. DECLARAR** que como consecuencia de declaraciones anteriores, el **INCO** es responsable de las afectaciones a la programación de obra del Contrato de Concesión GG-040-2004."*

En la primera de las pretensiones declarativas consecuenciales de la demanda reformada se solicitó:

***"1. DECLARAR** que la **CONCESIÓN** cumplió el Contrato de Concesión GG-040-2004 respecto de las obligaciones a que se refiere la interventoría en sus oficios:*

"...
"Respecto a la asunción de la gestión predial a cargo del Concesionario:

"1. Concol 26 de noviembre de 2009 01-6150-2009

"2. Concol 29 de enero de 2010 01-0510-2010

"3. Concol 2 de marzo de 2010 01-1108-2010

"4. Concol 3 de marzo de 2010 01-1122-2010

"5. Concol 8 de marzo de 2010 01-1222-2010

"6. Concol 5 de abril de 2010 01-1721-2010

"7. Concol 15 de abril de 2010 01-1934-2010

"8. Concol 10 de mayo de 2010 01-2421-2010

"9. Concol 16 de junio de 2010 01-3207-2010

"10. Concol 17 de enero de 2011 No. 01-0260-2011

"11. Concol 25 de febrero de 2011 01-1147-2011"

La parte convocada por su parte invocó como excepción "*Incumplimiento de las Obligaciones Contractuales por Culpa del Concesionario.*"

Así mismo en la pretensión quinta de la demanda de reconvención se solicitó:

> *"QUINTA PRINCIPAL. Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con la obligación de la gestión predial para el Proyecto Vial Bogotá Girardot de acuerdo con lo señalado en la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, modificada a través de los Otrosíes Nos. 4, 6 y 17, generando un mayor valor en la adquisición de los predios afectos al mismo."*

En la respuesta a la demanda de reconvención inicial, la convocante formuló las siguientes excepciones:

> *"2. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN MATERIA PREDIAL POR PARTE DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A."*
>
> *"4. ALEA ANORMAL DEL RIESGO DE FINANCIACION PREDIAL A CARGO DEL CONCESIONARIO"*
>
> *"5. RIESGO PREDIAL A CARGO DEL INCO"*

ii. Posición de la parte convocante

Señala la convocante que el Contrato de Concesión GG-040-2004 establece que la gestión predial está a cargo del Concesionario, y que el riesgo predial –costo de los predios- está a cargo de la Entidad Estatal, limitando la participación del concesionario en este al desembolso (financiación) de los predios hasta la suma de TREINTA Y SEIS MIL MILLONES DE PESOS [302]. Expresa que el Concesionario tiene una obligación de financiación de la actividad predial a mediano plazo (los 18 meses contemplados en la cláusula en comento) limitada al esquema y análisis de riesgo del contrato.

Agrega que una vez superado ese monto, el INCO debía empezar a ejercer sus obligaciones correlativas, esto es, la declaratoria del riesgo predial, que se concreta en el inicio de los procedimientos presupuestales para asegurar al

[302] Fuente: Cuadro discriminación valores anexo a la demanda, así como anexo certificado de FIDUOCCIDENTE en el que se establecen los recursos correspondientes a la subcuenta de predios a 31 de julio de 2011.

concesionario la existencia de los recursos para el repago de la financiación temporal. En consecuencia, una vez conocido por el INCO las necesidades prediales del proyecto (año 2005), le correspondía a éste el inicio de los procedimientos para asegurar los recursos suficientes para el repago de cualquier financiación, procedimiento que además permitía el ejercicio de las actividades de financiación a cargo del concesionario que como se anotó anteriormente, eran de mediano plazo.

Señala que el Contrato de Concesión GG-040-2004 se encuentra en un alea anormal del riesgo de financiación predial, imprevisible para el Concesionario, en la medida que tanto durante la etapa precontractual, como en las previsiones contractuales, se estimó que la Gestión Predial tendría un costo aproximado de VEINTISIETE MIL MILLONES DE PESOS – Suma ésta que fue contemplada como aporte obligatorio por parte del Contratista -, y los valores de la gestión predial, actualmente se han estimado en DOSCIENTOS SESENTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES DE PESOS, incrementándose dicha gestión, en aproximadamente un 500%, hecho que, se reitera, no podía ser previsto por la Concesión al momento de contratar.

Es entonces contundente que la obligación de financiación a cargo del concesionario y que incluía la de los predios, limitada hasta la suma de veintisiete mil millones de pesos, resultó desbordada por la realidad, y por ende, puede afirmarse que fue una situación extraordinaria no prevista en la estructura inicial de la concesión, que no le es imputable, y respecto de la cual le correspondía al INCO asumir sus costos y minimizar sus efectos sobre la ejecución del contrato de concesión.

Expresa la convocante que el desbordamiento en materia de riesgo predial, que ha debido ser soportado por el Concesionario, ha generado retrasos en la obra habida consideración de que el INCO ha dilatado la declaratoria de contingencias prediales y se ha retrasado la adquisición de los predios, sin que medie responsabilidad por parte de la Concesión.

Agrega que es obligación de la CONCESIÓN, obtener la financiación razonable para la ejecución del proyecto, en los términos que a ésta le parezcan más convenientes, siempre que se trate de riesgos asumidos por el INCO y asegurando este su asunción y su pago posterior. No obstante lo anterior, para el ejercicio de la obligación de financiación a cargo del concesionario es menester que la entidad estatal cumpla con lo requerido en la Ley y en el Contrato respecto a garantizar no sólo a la Concesión sino a los prestamistas, que está desarrollando las actuaciones tendientes a obtener el dinero que debe pagar por

cualquier concepto, con cargo al Fondo de Contingencias, en los términos establecidos por la Ley 448 de 1998 y sus decretos reglamentarios.

Agrega que si el INCO no cumple con sus obligaciones contractuales de asunción del riesgo predial – tener disponibles los recursos necesarios, garantizar con base en el fondo de contingencias que va a obtener los mencionados recursos-, no puede exigir que la Concesión cumpla con su obligación de tener los hitos de construcción en el tiempo que señala la programación de obra, básicamente porque la imposibilidad física de cumplir con éstos, radica en gran parte en cabeza del INCO, y en virtud del principio de reciprocidad ya señalado, cuando una parte se encuentra incumplida en sus obligaciones, la otra no está obligada a cumplir las propias.

Señala que en la ejecución del contrato hay varias etapas. Expresa que en la primera etapa hasta el 2009 la concesión ejecutó y cumplió con sus obligaciones en materia de gestión predial así como con sus riesgos en materia predial tal y como se demuestra con los Otrosíes 2 al 19 que no contienen salvedades ni observaciones relativas al incumplimiento del concesionario en materia de riesgo predial y de gestión predial, y otros oficios de la concesión donde solicita los recursos correspondientes a cargo del INCO para el pago de los sobrecostos de la gestión predial, según su interpretación de la cláusula 37 del contrato (que resultó ser la misma de la ANI en su estructuración). Agrega que no existe un solo documento aportado al proceso de esta etapa donde se acredite incumplimiento, observaciones, objeciones de la ANI al respecto. En tal sentido se refiere al INFORME FINAL DE EDL, así como a los INFORMES DE LOS SUPERVISORES DEL CONTRATO EN MATERIA DE GESTIÓN PREDIAL en los que no se señala que el concesionario estaba incumpliendo y se hace referencia a la necesidad que tenía el proyecto de obtener recursos para poder cumplir con la gestión predial.

Se refiere al segundo periodo que va desde el 2009, fecha en la cual la concesión notifica a la ANI que suspendería la gestión predial hasta que no se solucionará la falta de recursos, hasta el mes de agosto del 2010 cuando se inicia la ejecución de la resolución 320 del 2010 en la que la ANI reconoce el riesgo predial a su cargo. Señala que de este período dan cuenta los informes de los supervisores del contrato así como los documentos contractuales donde no se incorpora manifestación alguna sobre incumplimientos de CABG en materia de gestión predial. Concluye que en consecuencia, en este período la concesión cumplió con sus obligaciones de la cláusula 37. Por tanto respecto de dicho período no se pueden generar sobrecostos ni errores.

En cuanto al tercer periodo que va desde la Resolución 320 hasta la fecha, señala que este período tiene una particularidad por cuanto, al asumir el riesgo predial a su cargo, las labores de gestión predial son todas revisadas, controladas, supervisadas por la ANI, incluyendo avalúos, pagos, identificación de los predios, como se establece en la resolución 668 del 2012 que adiciona recursos a la resolución 320 y de manera concreta en sus artículos primero y segundo.

De lo anterior concluye entonces:

Que a mayo del 2009, según la ANI la gestión predial fue correcta y cumplida.

Que a partir de dicha fecha, no existen manifestaciones sobre incumplimientos bien en disminuciones de ingreso, bien en los textos contractuales posteriores a dicha fecha (Otrosí 19 y adicional 1) y al contrario se encuentra en el Otrosí 19 celebrado el 1° de octubre del 2009.

Que a partir del 2010 por la declaratoria del riesgo predial, el proceso de gestión predial resulta entonces conjunto por lo que cualquier error, sobreavalúo, etc. es conjunto y no se puede exigir responsabilidades de su copartícipe como lo ha hecho la ANI.

Adicionalmente señala que en ejercicio de la contradicción de la pericia de Cáceres & Ferro en el marco del Tribunal 2, se acreditó ante el Tribunal que dicha firma y su equipo en el interrogatorio admitieron:

Que la gestión predial de CABG fue continua y correcta.

Que los errores prediales productos de compras de predios no necesarios para el proyecto, fueron establecidos en su dictamen a través de un informe del interventor, cuyas sumas fueron revisadas por el perito de parte de CABG, ascendiendo dicho valor a la suma de 87 millones de pesos.

Que los cambios de diseños no constituyen errores en la gestión predial.

Que no tuvieron en cuenta los informes de EDL ni los de la interventoría del proyecto para establecer la historia de la gestión predial durante su ejecución.

Que no pueden aseverar el valor de los bienes necesarios por errores constructivos.

Agrega que en su pericia el Perito Predial realizó un ejercicio de evaluar nuevamente los predios adquiridos para el proyecto, a la fecha de realización del avalúo: 2014, con el fin de compararlo con el valor real de los predios según la adquisición realizada. Destaca que el ejercicio no discrimina los períodos de adquisición de dichos predios, ni si fueron adquiridos con cargo a la resolución 320 o a los recursos del concesionario y precisa que ello resulta fundamental por cuanto:

Si fueron adquiridos por el concesionario antes de la resolución, resulta irrelevante el mayor valor por cuanto fueron financiados con sus recursos y por cuanto su gestión en dicho período es considerada en documentos públicos como cumplida.

Si fueron adquiridos por el concesionario con posterioridad a la expedición de la resolución, todos los avalúos fueron revisados, supervisados por la ANI pero además con cargo a un riesgo declarado a su cuenta y riesgo.

Por ende, las llamadas demoras y su afectación sobre el valor de los inmuebles, resultan entonces resultantes de los retardos en la declaratoria del riesgo y en el desembolso de los recursos por parte de la ANI por lo que el ejercicio resulta inocuo. En este sentido, lo único que prueba este ejercicio es que la ineficiencia estatal deviene en mayores costos para el Estado.

En consecuencia, afirma que el ejercicio contenido en la pericia objetada no es más que eso. Un ejercicio costoso, por cuanto los documentos contractuales suscritos por las partes dicen lo contrario: el cumplimiento.

En consecuencia, señala que no está probada la pretensión de la demanda de reconvención y solicita al Tribunal que así se declare al tenor de la buena fe contractual que se exige en la ejecución de los contratos estatales, como recientemente ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado Sección Tercera (sentencia 38059 del 2015, M.P. Jaime Orlando Santofimio), para lo cual destaca que en la ejecución contractual hasta el 2011, no se encuentran solicitudes, salvedades, requerimientos de la ANI a este respecto por lo que la demanda por dicha entidad resulta manifiestamente temeraria.

Agrega que siendo claro que la ANI no logró probar el incumplimiento en la gestión predial, ni los errores por cambios en los diseños, ni el mayor valor de los predios, la CABG ha logrado probar cómo la supuesta obligación de financiación predial ilimitada a su cargo, no era cierta. CABG probó también como el riesgo predial a cargo de la ANI fue incumplió por esta quien no procedió como correspondía en los tiempos oportunos para no afectar la ejecución predial. Por

tanto, las demoras asociadas a la adquisición predial resultan todas ellas originadas en las demoras en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la ANI.

iii. Posición de la convocada

Señala la convocada que para el Concesionario era claro que tenían la obligación de financiar la compra de predios de conformidad con el Contrato de Concesión GG-040-2004, y que después de haber invertido los $ 36.000.000.000 millones de pesos dispuestos para la compra de predios, la ANI debía devolverle al concesionario en 18 meses a una tasa del DTF + 7% el valor que hubiese financiado el concesionario por la gestión predial a su cargo.

Expresa la convocada que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tomó la decisión "GERENCIAL" y UNILATERAL de suspender las actividades relativas a la atención de la gestión predial que es de su cargo, tal como consta y confiesa en sus comunicaciones CABG-0406-09 del 2 de septiembre de 2009, CABG-IN-0637-09 del 1° de diciembre de 2009 y CABG-IN-0083-10 del 29 de enero de 2010, incumpliendo con ello, lo establecido en el Contrato de Concesión GG-040-2004 para la adquisición de los predios requeridos para el Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot.

Se refiere la convocada al informe mensual de la Interventoría del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot, del mes de marzo de 2011, y a las comunicaciones que allí se mencionan para señalar que el concesionario, como efecto de su incumplimiento en la gestión predial, no tenía idea del valor de los predios a adquirir, pues de cifras de 121 mil millones en el año 2009, que después reduce a 76 mil millones ese mismo año, pasa a 110 en el 2010, luego sube 126 mil millones en ese año.

Agrega la convocada que quedó demostrado en proceso que efectivamente hubo un incremento en la cantidad de predios como consecuencia no solo de la modificación en los diseños por parte del concesionario (riesgo asumido por éste) sino también por la inadecuada gestión en la adquisición de los predios.

Se refiere a diversas pruebas y señala que: (i) El concesionario cambió los diseños de forma ostensible; (ii) el Concesionario tenía la obligación de revisar los diseños y el terreno en la etapa de pre construcción para determinar si era viable financieramente el presupuesto propuesto por la firma estructuradora; (iii) la invasión al derecho de vía es una realidad en el país que los constructores conocen o deben conocer por estar íntimamente relacionado con el desarrollo de las obras.

Advierte que pesar de lo que dice el concesionario, INGETEC si hizo un recuento de los veintinueve (29) predios que invadían el derecho de vía y los nominó como invasores, etc., por lo que se deja en claro que si hubo un recuento de los predios que correspondían a esa situación. A este respecto se refiere a los testimonios y señala que el concesionario nunca tuvo los estudios, es decir, nunca fueron al cuarto de datos a sacar fotocopia del estudio y mirar la afectación predial.

Advierte que por motivo del incumplimiento de las obligaciones de la gestión predial al Concesionario se le aplicó una disminución de la remuneración informada mediante el documento 01-6150-2009, del 1 de diciembre de 2009, fundamentado en el incumplimiento del Concesionario en el suministro de la información predial relacionada con la atención de reclamaciones de algunos propietarios afectados por el no pago de los valores pactados en los procesos de adquisición. Esta disminución de la remuneración cesó el 29 de septiembre de 2009 mediante comunicación 01-6089-2011.

Igualmente y en el caso de la gestión para la adquisición de los predios faltantes para la ejecución del contrato, se tiene vigente una disminución de la remuneración informada mediante la comunicación 01-3162-2010, fundamentada en el vencimiento de los plazos definidos en el otrosí No. 19 para los predios requeridos para los puentes peatonales del municipio de Soacha y predios para ejecución de los trayectos 4, 5, 6, 7, 9 A, 9 B y 10.

Advierte que no obstante las modificaciones realizadas en el Otrosí No. 4 y el Otrosí No. 6 al contrato, en ningún momento se relevó al Concesionario de la obligación de presentar un Inventario Inicial con la totalidad de los predios requeridos para el desarrollo del proyecto, quedando siempre esta obligación definida claramente en la Cláusula 37 del contrato. Simplemente se relevó al Concesionario de la necesidad de efectuar las ofertas formales de compra por la totalidad de los predios en un plazo inicial establecido, extendiéndose el plazo de oferta y proceso de compraventa a lo descrito en el PGTAP y de acuerdo con el programa de obra.

Expresa que el concesionario incumplió su obligación de gestión predial desde mediados de 2005. La Interventoría lo requirió para cumplir esa obligación en septiembre de 2005 y desde entonces se han hecho requerimientos similares o iguales relativos a la gestión predial.

Señala que los retrasos en las obras tiene dos causas fundamentales: (i) la deficiente gestión predial que se puede evidenciar en la inexistente cantidad de

predios adquiridos en un año entre enero del 2006 y enero de 2007, luego la gestión de 44 predios durante dos años, y (ii) la incidencia tanto externa e interna del Grupo Nule en las finanzas y la gestión predial en la concesión.

Se refiere al dictamen técnico en el que se señala que tener un promedio de compra de 50 predios al mes es lo usual y óptimo frente a una construcción del tamaño e importancia de esta carretera en el campo de la ingeniería. Agrega el dictamen que si el concesionario hubiera partido su gestión predial en diez frentes de obra (lo común y usual en un proyecto de este tamaño, según se desprende de lo que dijo el perito) y hubiera hecho la identificación a tiempo de los mismos, hubiera realizado toda la gestión predial en cinco meses.

Igualmente señala que en el dictamen pericial se expresa que en el 2006 existió un promedio de escrituración de: 11.58 predios por mes en toda la concesión, no por trayecto de obra y lo sugerido es de 50 por trayecto de obra. En 2007: 14.4 por mes. En 2008: 17.75. En 2009 el promedio es de 7.5 (cayó en septiembre a 2 predios de los 10 predios de agosto y ahí empieza el declive general que dura hasta noviembre de 2010 cuando tienen 8 y luego 18 en diciembre). En 2010 el promedio es de 2.75 predios por mes en toda la concesión (sólo lograron escriturar 7 predios en enero, 8 en noviembre y 18 en diciembre. Es decir 9 meses de inactividad) En 2011 es de 15.3 predios (repunta a 31 en agosto de 2011-viniendo de 4 en julio-). En 2012 es de 9.75 (viene más o menos bien desde agosto 2011 hasta agosto de 2012 -22 predios- pero en septiembre vuelve a caer a 7 y luego hasta febrero de 2013 no repunta-18 en febrero-).

Hace referencia al dictamen pericial que señala que el 60% del incremento predial del Proyecto está asociado directamente al diseño del Concesionario, lo cual incluye el ancho de los separadores.

Por todo lo anterior considera que la demanda de reconvención debe prosperar.

iv. Consideraciones del Tribunal

El Contrato de Concesión No GG-040-2004 establecía en su cláusula 37 *"CLÁUSULA 37 – ADQUISICIÓN DE PREDIOS":*

> *"Las labores de adquisición de los predios requeridos para la ejecución de las Obras de Construcción y Rehabilitación y las Obras Alternativas –si el Concesionario optare por su ejecución de conformidad con la CLÁUSULA 3 del presente Contrato-, serán adelantadas por el Concesionario, salvo lo expresamente previsto en la presente cláusula a cargo del INCO, atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y responsabilidades*

que en la presente cláusula se establecen. La adquisición de predios para las Obras de Construcción y Rehabilitación podrá realizarse durante la Etapa de Preconstrucción o durante la Etapa de Construcción y Rehabilitación, pero en todo caso el Concesionario deberá garantizar que cuenta con la totalidad de los predios necesarios para adelantar las construcciones por Trayecto y que por lo tanto no entorpecerá los cronogramas para la entrega de Trayectos previstos en este Contrato.

"El Concesionario, mantendrá indemne al INCO por cualquier reclamación o acción de terceros con ocasión de la gestión predial que asume, en especial en lo que tiene que ver con la valoración, pago de los predios y el correcto manejo de los recursos que destinen para el efecto. Esta indemnidad incluye las reclamaciones o demandas que se interpongan contra el INCO, durante todo el período de la concesión por hechos u omisiones del Concesionario en su gestión predial a partir de la fecha de su suscripción del Acta de Inicio de Ejecución.

"Así mismo, cualquier error en la identificación del beneficiario de los pagos o cualquier pago realizado en exceso, será atribuido al Concesionario y en consecuencia éste deberá rembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos pagados por error o exceso; además, el CONCESIONARIO, se compromete a brindar la información que el INCO le solicite en relación con la gestión predial que se adelante..."

"37.1. Dentro de los nueve (9) meses siguientes a la suscripción del acta de inicio de ejecución, el concesionario deberá entregar al INCO un inventario de la totalidad de los predios necesarios para la ejecución de las obras de construcción y rehabilitación del proyecto, debidamente individualizados. Dicho inventario contendrá por lo menos, lo siguiente:..."

"37.2. Dentro de los doce (12) meses siguientes a la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, tratándose de las Obras Alternativas o de las Obras de Construcción y Rehabilitación del Trayecto 7. el Concesionario deberá entregar al INCO un inventario de la totalidad de los predios necesarios para dichas obras, debidamente individualizados, Dicho inventario contendrá, por lo menos, la información establecida en el numeral 37.1 anterior.

"37.3. A partir de la presentación del inventario predial, el concesionario podrá iniciar labores de negociación directa para la adquisición de los predios requeridos. Estas labores tendrán una duración máxima de un mes contado a partir de la presentación del inventario predial o hasta la fecha en que el INCO acepte dicho inventario en los términos establecidos en el numeral 37.4 siguiente, lo que ocurra más tarde. (...)"

Dicha cláusula fue objeto de diversas modificaciones a través de los otrosíes, particularmente los números 4, 6 y 17.

En efecto, por la cláusula 8ª del Otrosí No 4 del 24 de mayo de 2004 las partes modificaron la cláusula 37 del Contrato de concesión y eliminaron la obligación de entregar el inventario de los predios dentro de los nueve meses contados a partir del Acta de Inicio y en su lugar se previó que *"De conformidad con el "Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de predios"*, el concesionario debería entregar al INCO un inventario de la totalidad de los predios necesarios *"para la ejecución de las Obras de Construcción y Rehabilitación del Proyecto debidamente individualizados"*. Dicho inventario debía tener un contenido semejante al previsto en la cláusula original. Así mismo las labores de negociación directa ya no tendrían que realizarse en el plazo máximo de un (1) mes contado a partir de la presentación de inventario predial y/o de su aprobación, sino conforme con el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de Predios. Igualmente, se señaló que en caso de porciones de terreno adquiridas en exceso por el Concesionario, el reembolso de los dineros pagados bajo esta circunstancia debían efectuarse directamente a la Subcuenta de Predios del Fideicomiso que administra los recursos del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot. Adicionalmente, se estableció que el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de Predios debía ajustarse al cronograma de trabajo y avance de obra de que trata el numeral 34.4 de la cláusula 34 del Contrato de Concesión GG-040-2004.

Posteriormente el 20 de agosto de 2005 las partes celebraron el Otrosí No. 6, en el cual nuevamente se introdujeron modificaciones a la obligación de gestión predial del concesionario. A tal efecto, entre otras cosas, se estableció que las fichas y planos prediales debían elaborarse con base en el sistema de georeferenciación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y concordados con el abscisado de la vía proyectada, para todos y cada uno de los predios requeridos para la ejecución del Proyecto, con el contenido señalado en el contrato. Así mismo se precisaron los documentos que debían acompañarse a las fichas prediales. Se indicó que el plazo para la entrega, tanto de las fichas prediales como de sus avalúos, así como de todos los insumos necesarios para el desarrollo de la gestión predial, correspondería al señalado en el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de Predios. Por otra parte se dispuso que estaría a cargo de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. la elaboración de las ofertas de compra que serían sometidas a revisión de la entidad concedente. Así mismo se señaló que después de entregado y verificado el inventario predial y de acuerdo con el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de Predios, la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. debía iniciar la etapa de enajenación voluntaria para la adquisición de los predios afectos al proyecto. Se dispuso que el Concesionario debía proyectar las correspondientes promesas de compraventa y minutas de compraventa. Se estableció que los plazos para la

entrega de las ofertas de compra, para formular observaciones, realizar correcciones y para su revisión, suscripción y notificación sería el establecido en el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de Predios. Se estableció que en caso de enajenación voluntaria la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. debía asegurarse que los términos de los contratos de promesa de venta y de los contratos de venta, permitieran contar con la disponibilidad física de los predios para el momento en que el proyecto los requiriera, y que la entrega de los predios debía ser realizada directamente por los enajenantes al concesionario. Si bien los contratos de promesa o de compraventa serían suscritos por la entidad concedente, la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. debía realizar todas las gestiones necesarias para el perfeccionamiento y la tradición efectiva de las franjas de terreno requeridas para el proyecto.

Por otra parte se dispuso que el Concesionario sería responsable de adelantar el proceso de expropiación por vía judicial hasta el momento de la admisión de la demanda, momento a partir del cual la entidad concedente asumiría el seguimiento y continuidad del proceso. En firme la sentencia que ordenaba la expropiación el concesionario se obligaba a adelantar todos los trámites para su inscripción en la oficina de instrumentos públicos.

Dicho esquema fue nuevamente modificado por el Otrosí 17 del 29 de abril de 2008, en el cual se estipularon obligaciones adicionales a las originalmente contempladas en la cláusula 37 tal como había sido modificada por los otrosíes mencionados. Por otra parte en relación con la responsabilidad del concesionario por la correcta identificación y determinación de las áreas a adquirir, así como la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del proyecto, se estableció que "*las áreas requeridas comprenden: (a) aquellas necesarias para la ejecución del proyecto, conforme los diseños definitivos elaborados por el CONCESIONARIO, (b) aquellas áreas sobrantes que deban ser adquiridas por no ser desarrollables, previa certificación de esta situación por parte de las oficinas de planeación competentes y aprobación de la INTERVENTORIA, (c) aquellas que sean definidas conjuntamente en los Comités Prediales, situación que constará en las actas correspondientes de los citados comités.*" Así mismo se dispuso que el concesionario debería contratar la elaboración y obtener los Avalúos Comerciales prediales, de acuerdo con lo establecido en el decreto 1420 de 1998 y la resolución reglamentaria 0762 de 1998 expedida por el Instituto Geográfico Agustí Codazzi (IGAT), y de ser necesario, adelantar las acciones de revisión e impugnación dentro de los términos establecidos en las normas señaladas o aquellas que la modifiquen, según el caso.

Se dispuso además que el Concesionario presentaría en todo caso a la INTERVENTORIA o en su defecto al INCO cuando éste lo considerara necesario, las fichas y planos prediales, las fichas sociales, los avalúos comerciales y el estudio de títulos de los predios que se requieran para la ejecución del proyecto previamente al inicio de la adquisición como mecanismo para facilitar su función de control y vigilancia. Así mismo se precisó que el concesionario debía asumir el proceso de enajenación voluntaria de los predios necesarios para adelantar las obras y adquirirlos de conformidad con la normatividad vigente, para lo cual se precisaron los diferentes actos que debía realizar. Así mismo se estableció que si por razones ajenas a su voluntad, el CONCESIONARIO, después de realizar todas las actividades de los numerales anteriores, no lograba obtener los predios requeridos para la realización de las obras, informaría por escrito al INCO de este hecho, para iniciar el proceso de expropiación por vía judicial y/o administrativa en los términos de la ley 9 de 1989, ley 388 de 1997 y C.P.C. o las normas que las sustituyan o modifiquen. A tal efecto se estableció que El CONCESIONARIO sería el responsable de la preparación de los documentos relacionados con el trámite de expropiación judicial o administrativa para suscripción por parte del INCO. De igual manera se estableció que los mayores costos en la gestión predial que adelantaba el Concesionario o cualquiera de sus contratistas, generados en errores en: la identificación del beneficiario de los pagos, las áreas requeridas, los valores de los predios, o cualquier pago realizado en exceso o de la falta de verificación de gravámenes o limitaciones, que sean atribuibles únicamente al Concesionario, serán de su cargo.

De las reglas transcritas se desprende que al Concesionario le correspondía adelantar las diversas actividades necesarias para la adquisición de predios, para lo cual debía realizar un inventario cuyo contenido varió a través de los otrosíes, incluyendo realizar las fichas prediales, el estudio de títulos correspondiente, contratar los avalúos prediales, adelantar las acciones de revisión e impugnación de los mismos, adelantar el proceso de enajenación voluntaria, incluyendo las ofertas de compraventa, la celebración de contratos de promesa, recibir los predios, otorgar las respectivas escrituras públicas y si no se logran obtener los predios, informar al INCO para adelantar el proceso de expropiación, cuyos documentos debía preparar. Se trataba pues de una actividad compleja que constituía un elemento esencial para que la construcción de la obra objeto de concesión se pudiera realizar.

En todo caso es de destacar que las diversas modificaciones que se introdujeron a las reglas contractuales siempre mantuvieron el principio señalado en la cláusula 37 desde un inicio en el sentido que "*La adquisición de predios para las Obras de Construcción y Rehabilitación podrá realizarse durante la Etapa de*

Preconstrucción o durante la Etapa de Construcción y Rehabilitación, pero en todo caso el Concesionario deberá garantizar que cuenta con la totalidad de los predios necesarios para adelantar las construcciones por Trayecto y que por lo tanto no entorpecerá los cronogramas para la entrega de Trayectos previstos en este Contrato."

Ahora bien, al examinar la prueba que obra en el expediente, encuentra el Tribunal que la gestión predial no se desarrolló con la diligencia y cuidado que debió realizarse teniendo en cuenta las estipulaciones del Contrato.

En primer lugar, del expediente resulta que el Concesionario no cumplió con el principio que sentaba la cláusula 37 del Contrato, en el sentido que en la adquisición de predios para las Obras de Construcción y Rehabilitación "*el Concesionario deberá garantizar que cuenta con los predios necesarios para adelantar las construcciones por Trayecto y que por lo tanto no entorpecerá los cronogramas para la entrega de Trayectos previstos en este Contrato*" (Otrosí No 4).

En efecto en respuesta a la pregunta 13 A en la que se solicitó al perito técnico establecer si el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición Predial es técnicamente concordante con el programa de obra establecido por el Concesionario, el perito contestó:

> *"(...) A partir del análisis de la información entregada se procedió a realizar una comparación de la estimación realizada por la CABG S.A y lo realmente ejecutado en términos de gestión predial a lo largo de la ejecución del contrato para determinar si dicha gestión predial para la adquisición de los predios necesarios para la ejecución del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot se había realizado de manera acorde al Cronograma de obra.*
>
> *"Como se observa en la Tabla 13 A-3 la cantidad total de predios a adquirir por parte del Concesionario es de 1682 y sólo ha adquirido a fecha 31 de marzo (se refiere el perito a marzo de 2013) 990 predios, equivalente al 58.85% del total de los predios; de igual forma, en las Figuras 13 A-1 y 13 A-2 se muestran un resumen de la gestión predial del Concesionario desde 2005 (cuando inició la fase de construcción del Proyecto) a la fecha, y se puede observar que tanto los trabajos de estudios de títulos como la escrituración de los predios no se realizó de manera constante, por lo que no alcanzó los rendimientos necesarios para poder cumplir con los compromisos de entregas de cada uno de los trayectos.*
>
> *"A pesar que las actividades de estudios de títulos dieron inicio en Enero de 2005, la escrituración de los mismos sólo se inició en Diciembre del mismo año con rendimientos mínimos (2-5 predios/mes), lo cual evidenciaba que la*

gestión predial no era acorde con la programación de obra realizada por el Concesionario. También se observan años como 2009 y 2010 en donde la gestión predial se vio reducida en los meses de Febrero a Octubre donde no se adquirió ningún predios, a diferencia de Diciembre de 2006 y Julio de 2008 donde los rendimientos de escrituración fueron los máximos registrados alcanzando los 33 predios adquiridos por mes, teniendo en cuenta que para cumplir las metas propuestas por el Concesionario se requerían rendimientos mayores a los máximos registrados."(se subraya)

Así mismo expresó el perito[303]:

"Tal como se estableció en la Respuesta a la pregunta 10A, el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de predios requirió de ajustes solicitados por la Interventoría, debido a que no era acorde con el cronograma de ejecución de las obras, no cumplía con los plazos establecidos en el contrato y dentro de los análisis realizados por el Concesionario para la estimación de los plazos para la realización de la gestión predial no se incluyó el número total de los predios identificados para la implantación de las obras requeridas.

"Sin embargo, para el desarrollo del análisis solicitado en esta pregunta se ha tomado el Cronograma de Obra contractual vigente, el cual se aprobó mediante Otrosí No 19 con fecha del 1° de Octubre de 2009 y en el cual se incluye la estimación realizada por el Concesionario en términos de la gestión predial requerida para la culminación de cada uno de los trayectos en los plazos definidos en el mismo otrosí, este programa de Obra se encuentra en el Anexo No FS-04 y de este se extraen las siguientes fechas.

"...

"Como se observa en la Tabla 14A-2, en la estimación realizada por el Concesionario la gestión predial faltante a la fecha de elaboración del cronograma en el Otrosí No 19 (01/10/2009) iniciaba (03/08/2009) en los predios para la cicloruta de Girardot (Trayecto 12) y se extendía como fecha máxima hasta el 27 de Enero de 2011 en el Paso Urbano de Girardot. A partir de las fechas establecidas en dicho cronograma y mostradas en la Tabla 14A-2 se realizará la comparación con la gestión predial realmente ejecutada por el Concesionario con el fin de establecer si dicha gestión se realizó de manera acorde con el cronograma de obra presentado.

"...

"Como se observa en la Tabla 14A-3 la cantidad total de predios a adquirir por parte del Concesionario es de 1682 y solo ha adquirido a la fecha de 31 de Marzo 990 predios, equivalente al 58.85% del total de los predios.

[303] Pregunta 14A.

"En las Figuras 14A-1 y 14A-2 se muestra un resumen de la gestión predial del Concesionario desde 2005 (Cuando inició la fase de construcción del proyecto vial) a la fecha, y se puede observar que tanto los trabajos de estudios de títulos como la escrituración de los predios no se realizó de manera constante.

"A pesar de que las actividades de estudios de títulos se iniciaron en enero de 2005, la escrituración de los mismos solo dio inicio en diciembre del mismo año con rendimientos mínimos (2 a 5 predios/mes).

"También se observan años como 2009 y 2010 en donde la gestión predial se vio reducida en los meses de febrero a octubre en los cuales no se adquirió ningún predio, a diferencia de diciembre de 2006 y julio de 2008 donde los rendimientos de escrituración fueron los máximos registrados alcanzando los 33 predios adquiridos por mes.

"...

"Predios Problema

"Existen situaciones excepcionales que han afectado directamente a la gestión predial y no son responsabilidad del Concesionario debido a que la adquisición de los predios necesarios ha desembocado en un proceso de expropiación. Estas han impedido la ejecución normal de las obras y la entrega de algunos Trayectos, como se explica a continuación: ..."

Igualmente señaló el perito técnico[304]:

"Demoras en la gestión predial

"Tal y como se estableció en la pregunta 17 A, el Concesionario no realizó a tiempo la identificación predial inicial requerida en el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de Predios como se estipula en el numeral 37.1 de la cláusula 37 del contrato de concesión; adicionalmente, en el documento de la sábana predial en la que se registran todos y cada uno de los procedimientos que se lleven a cabo por parte del Concesionario para la gestión predial se concluye que a pesar de que el Concesionario inició labores de gestión en Enero de 2005, los procesos de escrituración de los predios solamente se iniciaron en Diciembre de 2005 y a lo largo de la ejecución del contrato (2005-Actualmente) no se alcanzó el rendimiento de liberación de predios esperado para lograr entregar las obras de construcción obligatoria en cada uno de los trayectos en los plazos estimados por el mismo Concesionario.

[304] Respuesta a la pregunta III-1C.

"A continuación se muestra el análisis de la gestión predial realizada para el trayecto 1, teniendo en cuenta que el proceso de gestión predial inicia con el estudio de títulos y culmina con la escrituración y registro del predio a nombre de la Agencia Nacional de Infraestructura:

(...)

Como se observa en la Tabla III-1C-2 la cantidad total de predios a adquirir por parte del Concesionario es de 1682 y solo ha adquirido a fecha de 31 de Marzo 990 predios, equivalente al 58.85% del total de los predios; de igual forma, en la Figuras III-1C-1 y III-1C-2 se muestra un resumen de la gestión predial del concesionario desde 2005 (cuando se inició la fase de construcción del proyecto vial) a la fecha, y se puede observar que tanto los trabajos de estudios de títulos como la escrituración de los predios no se realizó de manera constante, y no alcanzó los rendimientos necesarios para poder cumplir con los compromisos de entregas de cada uno de los trayectos.

A pesar que las actividades de estudios de títulos dieron inicio en enero de 2005, la escrituración de los mismos solo dio inicio en diciembre del mismo año con rendimientos mínimos (2-5 predios/mes), lo cual evidenciaba que la gestión predial no era acorde con la programación de obra realizada por el Concesionario.

También se observan años como 2009 y 2010 en donde la gestión predial se vio reducida en los meses de febrero a octubre cuando no se adquirió ningún predio, a diferencia de diciembre de 2006 y julio de 2008 donde los rendimientos de escrituración fueron los máximos registrados alcanzando los 33 predios adquiridos por mes.

"Se concluye que las primeras gestiones realizadas por el Concesionario en términos de estudio de títulos se iniciaron en marzo de 2008, sin embargo en este año (2008) sólo se estudiaron 15 predios, en 2009 la cifra de predios estudiados sólo alcanzó a 7 en cantidad, 43 en 2010, 4 predios en 2011 y en 2012 se alcanzó una cifra record de 63 predios, lo cual evidencia que los rendimientos esperados sólo se alcanzaron al final, teniendo en cuenta que la fecha de entrega se había estimado por parte del Concesionario para el 25/09/2012.

"...

Por otra parte, como se puede observar en la Figura I-7C-4 los procesos de escrituración de predios en el Trayecto 1, registraron rendimientos normales en el 2011, donde se escrituraron 36 predios a lo largo del año, ya que en 2009 se escrituraron sólo 3 predios, 5 predios en 2010 y 3 predios en 2012;

debido a que el Otrosí No 15, en el que pagaron las obras del trayecto 1, 11 y 12 sin incluir las obras del SITM en Soacha se firmó el 27 de Diciembre de 2007 y que el total de predios identificados fue de 170 en el trayecto 1, se debió prever por parte del Concesionario una gestión predial con rendimientos que permitieran la entrega de las obras el 25 de septiembre de 2012 y acordes con el cronograma de obra presenta, y tal como se ve en los registros de gestión predial nunca se cumplieron debido a los largos periodos en los que no se realizó gestión alguna y los bajos rendimientos de estructuración de predios alcanzados..."

En la respuesta a las aclaraciones y complementación a la pregunta 15A manifestó el perito técnico:

"....

"Si bien la firma del otrosí 17 el 29 de Abril de 2008, modifica la metodología para la gestión y adquisición predial del proyecto, es evidente que desde la suscripción del acta de inicio del proyecto, la gestión y adquisición predial del Concesionario no tuvo el ritmo requerido por el Proyecto. Como se puede observar en las respuestas a las preguntas 14 A y 15 A del informe 1500/13, entregado por el perito técnico, en las Figuras 14 A-1 y 14 A-2, se muestra en diagrama de barras la gestión y adquisición predial adelantada por el Concesionario.

"Se observa que en febrero de 2012 se presenta el máximo número de predios gestionados a lo largo de todo el proyecto (es decir 22 meses después de haber firmado el otrosí 17 por las partes), con una gestión de 116 predios. Por otro lado, se evidencia que la primera adquisición de predios del proyecto se presentó en Diciembre de 2005, es decir 17 meses después del acta de inicio del contrato de concesión. También se presentan varios periodos en los cuales no se realizó adquisición de ningún predio en varios meses, mientras que la mayor adquisición presentada en un mes corresponde a 33 predios en diciembre de 2006 y agosto de 2008.

"Según el Cronograma de Obra, entregado por el Concesionario en Junio de 2005, el Concesionario tenía planteado iniciar el 24 de agosto de 2005 la construcción de los trayectos 6, 9 y 10. En la respuesta la pregunta 2 A del informe 1500/13, se identificó según la información suministrada por el Concesionario y por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, que para iniciar el desarrollo de las obras de construcción de estos tres trayectos mencionados por el Concesionario, se requería la adquisición de 258 predios para el Trayecto 6, 209 predios para el Trayecto 9 y 59 predios para el Trayecto 10, para un total de 526 predios. De estos 526 predios, en la fecha cuando se planeaba la iniciación de las obras propuestas por el Concesionario, no se había adquirido ninguno de ellos"

De la lectura del dictamen pericial se desprende claramente que el Concesionario no cumplió con su obligación en materia predial. Si bien los procesos de gestión predial comenzaron en enero de 2005, cuando comenzó la ejecución del contrato, la escrituración de los predios sólo se inició en Diciembre del mismo año *"con rendimientos mínimos (2-5 predios/mes)"* lo cual señala el perito *"evidenciaba que la gestión predial no era acorde con la programación de obra realizada por el Concesionario"*. Adicionalmente como indica el perito si se toma en cuenta la fecha en que debían iniciarse los trayectos 6, 9 y 10 según el Cronograma de obra, se encuentra que se requería la adquisición de un total de 526 predios, sin embargo a la fecha en que debían comenzarse las obras no se había adquirido ninguno de ellos. También destacó el perito que en años como 2009 y 2010 *"la gestión predial se vio reducida en los meses de Febrero a Octubre donde no se adquirió ningún predios, a diferencia de Diciembre de 2006 y Julio de 2008 donde los rendimientos de escrituración fueron los máximos registrados alcanzando los 33 predios adquiridos por mes"*, sin embargo igualmente precisa que estos máximos no eran suficientes pues *"para cumplir las metas propuestas por el Concesionario se requerían rendimientos mayores a los máximos registrados."*

También señala el perito que *"las primeras gestiones realizadas por el Concesionario en términos de estudio de títulos se iniciaron en marzo de 2008, sin embargo en este año (2008) sólo se estudiaron 15 predios, en 2009 la cifra de predios estudiados sólo alcanzó a 7 en cantidad, 43 en 2010, 4 predios en 2011 y en 2012 se alcanzó una cifra record de 63 predios, lo cual evidencia que los rendimientos esperados sólo se alcanzaron al final, teniendo en cuenta que la fecha de entrega se había estimado por parte del Concesionario para el 25/09/2012"*. Finalmente, con corte a marzo de 2013 señala el perito que la cantidad total de predios a adquirir por parte del Concesionario es de 1682 y solo ha adquirido 990 predios, equivalente al 58.85% del total de los predios. Agrega el perito, después de hacer un resumen de la gestión predial del concesionario desde 2005 (cuando se inició la fase de construcción del proyecto vial) a la fecha, y concluye que *"tanto los trabajos de estudios de títulos como la escrituración de los predios no se realizó de manera constante, y no alcanzó los rendimientos necesarios para poder cumplir con los compromisos de entregas de cada uno de los trayectos"*.

Como se puede apreciar, en un estudio cuidadosamente fundamentado, el perito concluyó que existían deficiencias en la gestión predial, sin perjuicio de reconocer que existieron predios que generaron problemas.

Vale la pena señalar que las deficiencias en materia de gestión predial que indica el perito fueron también corroboradas por el testigo Heriberto Amado[305].

Ahora bien, la parte convocada hace referencia a la experticia del ingeniero Manuel H. Ortiz quien expresa sobre el dictamen pericial[306]:

> *"7. Complementara el perito su respuesta, determinando con base en la trazabilidad de la solicitud y requerimiento del riesgo predial, cuando y como informó el Concesionario a la ANI de dichas necesidades, su nivel de afectación sobre el proyecto, y que hizo la ANI para la mitigación de dicho riesgo a su cargo.*
>
> *"El Perito no contesta, manifiesta que el trámite para la gestión y adquisición predial, desde el inicio del proyecto ha evidenciado "las demoras o incumplimientos con el programa para el Tramite para la Gestión y Adquisición de predios..... " Omite referirse a los numerosos oficios que reposan en la información puesta a su disposición, a través de los cuales, el Concesionario le informa a la ANI, desde el mismo comienzo del proyecto, sobre las necesidades de recursos para la compra de predios.*
>
> *"A continuación se relacionan algunos comunicados, relativos al tema:*
>
> *"...."*

Sobre el particular observa el Tribunal de una parte, que la falta de recursos no podía ser invocada por la Concesión para dejar de cumplir su obligación de gestión predial, pues se había obligado a procurarlos transitoriamente, de conformidad con las cláusulas 37, 12 y 14 del Contrato dentro de las condiciones precisadas en otro aparte de este Laudo. A lo anterior se agrega que si en gracia de discusión se aceptara el argumento de la demandante sería necesario demostrar que efectivamente las demoras en la gestión predial están vinculadas a la falta de recursos, lo que no está demostrado en el expediente.

Es pertinente además destacar desde el punto de vista de la gestión predial que de acuerdo con la prueba que obra en el expediente, el Concesionario no tenía claro el número de predios requeridos y por ello la estimación correspondiente varió considerablemente. En efecto, en el informe mensual de la Interventoría del Proyecto Vial Bosa-Granada- Girardot, del mes de marzo de 2011, se expresa:

[305] Cuaderno de Pruebas No 31, folos 103 y siguientes
[306] Cuaderno de pruebas No 97 folio 340.

"10.7.1 Documentos relacionados con los recursos faltantes la para Gestión Predial

"E1 16 de Abril de 2009, el Concesionario envió al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) comunicación con radicado CABG-IN-0187-09, de referencia "Recursos Requeridos para continuar la Gestión Predial del Proyecto", en el se estableció que el monto estimado para culminar la gestión predial del proyecto correspondía a $121.077.094.651,00 m/cte.

"Mediante comunicación con radicado 2009-409-004389-1 del 24 de Abril del presente año [sic], enviado por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) a la Interventoría anterior, se solicitó un estudio, análisis y conceptualización por parte de la Interventoría, al monto estimado para culminar la gestión predial del proyecto, presentado por el Concesionario mediante comunicación con radicado CABG-IN-0148-09, la Interventoría anterior dio respuesta al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) mediante comunicación de radicado 2000-BGG-005-231-09, del 28 de Abril de 2009, en este oficio informó que en reunión celebrada el 24 de Abril de 2009 entre el Concesionario y la Interventoría, se presentó de manera no oficial un nuevo presupuesto del monto estimado para culminar la gestión predial del proyecto, por tal razón consideró que no era necesario analizar el presupuesto anexo a la carta CABG-IN-0189-09 y esperaba oficialización del Concesionario.

"El pasado 27 de Abril de 2009, el Concesionario envió nuevamente al Instituto Nacional de Concesiones –INCO-, comunicación con radicado CABG-IN-0203-09, de referencia "Recursos Requeridos para continuar la Gestión Predial del Proyecto", en esta comunicación estableció que el nuevo monto para culminar la gestión predial del proyecto era de $76.224.191.720,00. También se estableció por trayecto, un programa de prioridades prediales, de acuerdo a la programación para entrega de Trayectos en el año 2009, 2010, 2011 y 2012.

"Mediante comunicado CABG-IN-0083-10 de fecha 29 de enero de 2010, el Concesionario manifestó que se ha realizado un presupuesto de la gestión predial faltante por un monto que asciende a la suma de 110 mil Millones de pesos justificado en terrenos requeridos por diseño para la construcción de la segunda calzada del proyecto, predios para la construcción de los puentes peatonales y pasaganado, predios requeridos para las intersecciones viales contempladas para el tramo 1.

"Debido a la importancia del tema de los recursos necesarios para completar la adquisición de predios requeridos para el proyecto, el INCO mediante el comunicado 20103050165931, del 30 de noviembre de 2010, solicitó al Concesionario una relación y cuantificación de los predios faltantes para el correcto desarrollo de las actividades, haciendo énfasis en la necesidad de

que las cantidades que se presenten deben estar debidamente documentadas para permitir la revisión de esta información por parte de la Interventoría. En respuesta a este comunicado, el Concesionario mediante comunicación CABG-0811-10 del 21 de diciembre de 2010*, respondió la solicitud del INCO informando que el monto estimado para completar la gestión predial es de $126.902.790.000. Este valor incluye un estimado de predios del paso urbano de Girardot, puentes peatonales, predios con avalúo a la fecha, y un estimado para las intersecciones de Soacha. De la misma forma en esta proyección se incluyen los 14.700.000.000 que se adeudan al Ministerio de Defensa en virtud del convenio suscrito con esta entidad con el INCO, recursos que tienen forma de pago pactada formalmente mediante el* Adicional 1 al Contrato de Concesión GG-040-2010*.*

"Sobre el presupuesto presentado por la Concesión Autopista Bogotá-Girardot se realizó una verificación de los soportes tenidos en cuenta para la realización del ejercicio, por lo tanto el día 31 de enero de 2010 se realizó una revisión a los citados soportes obteniendo un nuevo valor estimado requerido para el desarrollo de la gestión predial. Esta información modificada de acuerdo a la reunión sostenida fue formalizada por el Concesionario mediante la comunicación CABG-IN-0092-2011*, con en radicado interno 0773 del 4 de febrero de 2011. En esta revisión se ajustó el monto de recursos estimados alcanzándose un valor de los requerimientos prediales de $190.727.807.250 identificándose a su vez el peso de las adquisiciones prediales en el municipio de Soacha en un 57% de la estimación total. Esta información fue presentada al INCO, con las consideraciones correspondientes, mediante comunicado 01-1147-2011 del 25 de febrero de 2011." (se subraya)*

Como se puede apreciar, el Concesionario no tenía claro cuáles eran los recursos necesarios para financiar la adquisición de los predios, pues de indicar que se requerían recursos por $20.000 o $30.000 millones en el año 2007, se pasó a considerar que las necesidades prediales ascendían a $121.077 millones en abril 16 de 2009, $76.224 en abril 27 del mismo año, $110.000 en enero de 2010, $126.902 en diciembre de 2010 y $190.727 en 2011. Lo anterior obviamente afectaba la gestión predial.

Ahora bien, cuando se examinan las causas por las cuales se incrementaron los requerimientos prediales se aprecia que tuvo fundamental importancia la conducta del concesionario.

En efecto, en la solicitud de aclaraciones a la pregunta 4ª se le indicó al perito técnico:

"Según folio 145; considera el perito que el hecho de haber estimado los estudios de INGETEC, con respecto al derecho de vía de la vía existente era propiedad de la nación y haber estimado la afectación predial del proyecto sin tener en cuenta las líneas de chaflanes, fue el factor determinante para que se haya subestimado el área, número y valor de los predios requeridos para el proyecto."

Sobre el particular el perito contestó:

"En los cuadros de las respuestas 1A, 2A, 3A, y 4A se ha señalado la composición de los diferentes conceptos que afectaron el incremento predial. El perito no afirma que en los estudios de INGETEC et. al. se haya asumido que los predios correspondientes a la franja del derecho de la vía existente ya eran propiedad de la Nación. Se ha señalado que hubo subestimación en esta investigación de los predios que no eran propiedad de la Nación, ubicados dentro de la franja del derecho de la vía existente.

"En la siguiente Tabla 3A-22 se indica que el segundo grupo de la tabla corresponde a áreas de predios ubicadas sobre el derecho de vía existente, en el cual durante los diseños de licitación se encontraron solamente 20.173,37 m^2, mientras que durante el trabajo del Concesionario se encontraron 239.890,11 m^2, lo cual representó, por este rubro, un incremento de 219.716,72 m^2. Como lo señala el cuadro en la misma fila y en la última columna, este incremento representó el 11% del incremento total (el valor total del incremento total en área de predios por adquirir en el Proyecto es de 1.980.668,53 m^2).

"Si a lo anterior se suma el área de predios que fue necesario comprar, pero que se encontraban ubicadas dentro de la vía existente (presentado en la tabla en la primera fila), las cuales representaron el 2% del total de incremento de áreas, el valor de áreas que fue necesario comprar que estaban dentro de la vía existente o dentro del derecho de vía existente, representa el 13% del incremento total de predios comprados.

Tabla 3A-22 Cuadro de Afectación Predial y Porcentaje de Incremento del Área Predial en la totalidad del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot

PROYECTO VIAL BOSA - GRANADA - GIRARDOT					
Factores de Afectación Predial	**Diseños de Construcción m^2**	**Diseños de Licitación m^2**	**Incremento en Área Predial m^2**	**Porcentaje de Incremento**	**Porcentaje de Incidencia en el Incremento Predial Total**
Área de Predios sobre vía existente	37.553,57	2.907,15	34.646,43	1192%	2%
Área de Predios sobre el derecho de vía existente	239.890,11	20.173,37	219.716,74	1089%	11%
Área de Predios sobre vía diseñada	749.507,77	250.386,36	499.121,41	199%	25%
Área de Predios sobre el derecho de vía diseñada	643.148,58	78.711,35	564.437,24	717%	28%
Separador central*	518.127,79	78.025,02	440.102,77	564%	*
Área de Predios adquiridos por otros factores**	650.897,77	83.401,45	567.496,33	680%	28%
Otrosíes y Adicionales al contrato de Concesión	125.794,00	0,00	125.794,00	*	6%
Predios en Trayectos no especificados en el contrato de Concesión (Trayectos 3 – 11)	0	30.543,61	0	-	-
Total Área de Afectación Predial	**2.446.791,82**	**466.123,28**	**1.980.668,53**	**425%**	**100%**

* El área de los separadores centrales, esta contabilizada dentro del área de los predios sobre la vía diseñada y el derecho de vía de la vía existente, por tal razón no se tuvo en cuenta para la totalización de la afectación predial
** Los otros factores, corresponden a predios por taludes, áreas mínimas desarrollables, predios en inestabilidad, predios para el desarrollo de obras adicionales, zonas inestables, chaflanes, y demás factores que se identifican durante la construcción del proyecto

"Por otra parte, la solicitud plantea acerca de las áreas dentro de líneas de chaflanes. Como se ha mencionado, en los planos entregados al perito, bien por parte de la ANI y de INGETEC, no se encontraron dibujadas las líneas de chaflanes, por lo cual el perito no pudo cuantificar tales áreas específicamente. La revisión de planos prediales entregados al perito tampoco permite identificar que hayan sido identificados y cuantificados por el consorcio Ingetec et. al. correspondientes a todos los cortes y rellenos identificados. Por esto, tales áreas que están relacionadas principalmente con áreas de terrenos que debían ser también adquiridos para la construcción de la vía, específicamente para efectos de la realización de cortes y rellenos, se han involucrado dentro del rubro de "Área de predios adquiridos por otros factores". Sin embargo, como dice la nota de la tabla ***Tabla 3A-22*** *trascrita, tales áreas incluyen diversos conceptos además de las correspondientes a líneas de chaflanes, tales como las denominadas "áreas mínimas desarrollables de los predios que se debían adquirir en mayor área de la estrictamente indispensable, por motivos de que el lote restante era menor al lote mínimo desarrollable según las normas municipales correspondientes. Otros predios incluidos en la misma categoría de la tabla mencionada que se debían comprar eran lotes que presentaban inestabilidades o predios que quedaban (después de un corte de terreno, por ejemplo) en situación de peligro para sus ocupantes. Por tanto, a*

manera de un ejercicio de estimación y no basado en cuantificaciones de áreas, se podría estimar que del total de los 567.496,33 m2 que señala la fila correspondiente a este tipo de predios adquiridos, un 70% de estos hayan correspondido a los predios que debían ser adquiridos para cortes y rellenos. Esto resultaría en una subestimación del área de adquisición de predios requeridos, por este concepto, de 400.000 m2, equivalentes al 20% del incremento total en los requerimientos de adquisición predial del Proyecto.

"Por lo anterior, al sumar la subestimación del 13% de las áreas que estaban ubicadas en la vía construida o en el derecho de vía existente pero que no fueron identificadas en los estudios de diseño de referencia para licitación, con el 20% de las áreas de predios para cortes y rellenos para la construcción de las vías que no fueron incluidas en el estimativo de terrenos que debían ser adquiridos para la construcción de la vía, suman un 33% del total del incremento de las áreas de predios identificadas por el Concesionario para la construcción del Proyecto. Es decir, los anteriores conceptos explican la tercera parte del incremento en los requerimientos de áreas de predios para la ejecución del Proyecto.

"Pero queda faltando el 66% de los incrementos en área de predios del Proyecto. De este 66%, como se puede observar de la misma Tabla 3A-22, el 6% del área lo explican los otrosíes y adicionales al Contrato de Concesión. Y el restante 60% lo representan las áreas de predios sobre la vía diseñada (25%) más las áreas de predios sobre el derecho de la vía diseñada (28%) y las "Áreas de predios adquiridos por otros conceptos" diferentes a los de chaflanes, cortes y rellenos (que en el párrafo anterior se habían estimado como el 30% restante de este rubro), es decir, el 7%. En conclusión, el 60% del incremento predial del Proyecto está asociado directamente al diseño del Concesionario, lo cual incluye el ancho de los separadores, los cuales, han sido incluidos dentro de los rubros de la Tabla denominados "Área de predios sobre la vía diseñada" y "Área de predios sobre el derecho de vía diseñada". (se subraya)

Como se puede apreciar, de conformidad con lo señalado por el perito técnico el 13% de las mayores áreas requeridas se explica por una subestimación del área en la vía, adicionalmente un 20% se puede estimar que corresponde a cortes y rellenos para la construcción de la vía que no fueron incluidas en el estimativo de terrenos, mientras que un 60% del incremento corresponde a diseños del Concesionario.

Vale la pena señalar que el perito expresó al responder las aclaraciones a la pregunta 3A:

> *"En resumen, la mayoría de cambios en los diseños tuvieron incidencia en la gestión predial inicialmente estimada, desde el aumento en el ancho en los separadores de las calzadas, el aumento en los radios de curvatura en las curvas horizontales, en el sentido de la ampliación de la segunda calzada (izquierda o derecha de la vía existente), o cambio en el trazado inicialmente establecido, corresponden a algunos de los cambios efectuados para cada trayecto. A continuación se muestran algunos casos en los que se pueden evidenciar algunos de los cambios mencionados anteriormente." (se subraya)*

Es importante señalar que un factor importante en el aumento de requerimientos prediales deriva del aumento del tamaño del separador. Como consta en el proceso, el aumento del separador obedeció a una sugerencia del Ministro de Transporte de la época que el concesionario aceptó. Sin embargo, dicho aumento del separador no se estableció como regla general como un requisito de la entidad pública a través de los documentos contractuales.

En efecto, durante la estructuración de la Concesión se encuentra que en el Consejo Directivo de la ANI según consta en el Acta No. 02 del 30 de septiembre de 2003, (Cuaderno de Pruebas 63 folios 566 a 572) el Ministro *"solicito se revisara nuevamente la posibilidad de incluir un separador central de 4 mts a lo largo del proyecto. El grupo estructurador señalo la dificultad técnica de incluirlo en muchos tramos, así como el hecho de que el Proyecto es deficitario y no soporta inversiones adicionales. La Doctora Alicia Naranjo propuso revisar sobre planos, tramo por tramo, la posibilidad de incluir el separador. Se acordó incluirlo el separador en aquellos tramos en los que sea técnicamente viable y no implique costos adicionales a los ya previstos".* Así mismo en el Acta se deja la siguiente constancia del Ministro *"De acuerdo con el concepto y solicitudes del Señor Presidente Dr. Álvaro Uribe Vélez, y que el comparte se debe incluir en los proyectos de doble calzada un separador central de 4 metros y la cicloruta en todo el trayecto."*

Sin embargo, en los documentos contractuales no se previó un separador de cuatro metros.

En efecto, en el Apéndice No. 2 del Contrato se estableció:

> ***"Numeral 3.1.1.1 Construcción de segundas calzadas***
>
> *"Las segundas calzadas estarán conformados por dos (2) carriles de 3.65 m, de ancho cada uno y berma de 1.80 m. Además contará con una franja de seguridad interior contra el separador de 0.60 m de ancho como mínimo. El*

separador central será de 0.60 m de ancho como mínimo. En caso de ser un separador de 0.60m se utilizará el tipo New Jersey."

De esta manera, de conformidad con las reglas contractuales el separador central debía ser como mínimo de 0,60.

Posteriormente el señor Ministro solicitó al contratista hacer un separador de cuatro metros. En tal sentido declaró el ingeniero José del Carmen Suárez:

"DR. ARANGO: Quiero insistir en algo que preguntó el doctor Juan. ¿En el momento en que usted le hace la presentación al ministro, ya tienen claridad sobre los predios que se iban a afectar?

"SR. SUÁREZ: Sí, el estudio obviamente lo conocíamos desde el momento en el cual se comenzaron los trabajos de estudios, en ese momento el señor ministro le solicitó directamente al representante legal, al doctor Guido Nule, le solicitó que nosotros no hiciéramos un trabajo con un separador de un metro ancho, el señor ministro solicitó y voy a decir una palabra porque fueron las palabras que él dijo: yo solicito que haya un separador carnudo; fue una palabra de pronto muy paisa, de que el separador no fuera de un metro, sino fuera un separador carnudo, ojala de 10 metros, mínimo de 4 metros.

"Desde el punto técnico cuando usted ya tiene un separador de 4 metros, ya necesariamente la vía actual no la puede dejar ampliar a lado y lado porque eso implicaría que el pavimento de la vía existente se iría en su totalidad y lógicamente el costo y no solamente el costo, sino la construcción haría que la vía se tuviera prácticamente que cerrar porque tendría que utilizar toda la vía existente, o sea por donde estaban transitando los vehículos.

"Ese separador carnudo nos obligó a ajustar el proyecto de tal forma que ese separador que nosotros teníamos inicialmente de un metro, ya no lo podíamos hacer en la mitad, sino que teníamos que hacerlo a uno de los dos lados o lo hacíamos al lado izquierdo o hacia el lado derecho, dependiendo de las condiciones geométricas de la vía y cumpliendo las especificaciones de diseño que dicta el manual de diseño.

"DR. GÓMEZ: ¿Esa exigencia del ministro se formalizó en algún documento?

"SR. SUÁREZ: En muchas ocasiones nosotros lo dijimos en comunicaciones que se hicieron al INCO y en varias reuniones.

"DR. GÓMEZ: ¿Pero de parte del Estado, de parte del ministro?, usted dice, nosotros tuvimos que cambiar el separador New Jersey por el carnudo por una solicitud del ministro, ¿eso está formalizado en algún documento?

"SR. SUÁREZ: La verdad que yo en este momento lo tenga, sí está en muchas comunicaciones que de pronto se hicieron, es más, en algún momento hasta se hizo la observación precisamente de las implicaciones que eso tenía, volviendo a la pregunta que me hacían en el tema de predios, eso tenía unas implicaciones en predio importantes porque como les dije yo inicialmente, el tema de utilizar inicialmente el derecho de vía, los predios que se afectaban eran mucho menos que los que se afectan cuando yo ya tengo que desdoblar una carretera y ponerla a funcionar al lado donde necesariamente por el ancho de la vía 11 y pico de metros más un tramo de seguridad de más de 17 metros hace que necesariamente tenga yo que ajustar predios a un lado o a otro lado.

"DR. GÓMEZ: ¿Eso significa que el cambio del separador sencillo, New Jersey, por el carnudo que usted le denomina es lo que llevó a una afectación predial mayor?

"SR. SUÁREZ: Sí señor y esa es la razón real por la cual los predios, y yo lo he dicho en muchas ocasiones, en Bogotá Girardot tuvo un desfase tan grande, simple y llanamente porque esa modificación que en su momento posiblemente la Concesión en aras de tener unas muy buenas relaciones y tener realmente una vía posiblemente de unas especificaciones de la calidad que la quería el Ministerio realmente obligó a que realmente tuviéramos una mayor utilización de predios, lo cual obviamente tenía una implicación económica en ese tema de predios, eso es cierto.

"DR. ARANGO: ¿El pliego de condiciones y el contrato establecían las especificaciones del separador?

"SR. SUÁREZ: Sí, inicialmente sí.

"DR. ARANGO: ¿Qué especificaciones contemplaba?

"SR. SUÁREZ: Inicialmente hablaba de un separador New Jersey.

"DR. ARANGO: ¿El separador New Jersey es un separador estándar de un metro?

"SR. SUÁREZ: Es ese separador estándar de un metro.

"DR. ARANGO: ¿No hay separadores New Jersey de 4 metros?

"SR. SUÁREZ: No señor.

"DR. ARANGO: ¿Es de un metro?

"SR. SUÁREZ: Es de un metro.

"...

"DR. CÁRDENAS: ¿Cómo se instrumentó el cambio?

"SR. SUÁREZ: Simplemente con la interventoría nosotros tuvimos que hacer una modificación, un ajuste mejor del proyecto y ese ajuste del proyecto fue pasado a la interventoría a medida que se fue adelantando y el estudio preliminar que se entregó, incluso antes de tiempo, antes del tiempo contractual, ese lo ajustamos y obviamente todo se adelantó con la interventoría y la interventoría conoció absolutamente los predios."(se subraya)

El deseo del Gobierno de que el separador pudiera ser más amplio quedó consagrado en los considerandos del Otrosí No 4 en el cual se expresó[307]:

"3) Que es interés del Gobierno Nacional que el Concesionario estudie la posibilidad, de construir en los tramos donde sea posible, un separador central con un ancho superior al mínimo establecido en el ***Apéndice 2 ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCIÓN."***

Como se puede apreciar, lo que contempló el Otrosí era el interés del Gobierno de que se construyera un separador de un ancho superior, sin embargo, esta consideración del Otrosí no fue acompañada de una regla contractual por la cual se asumieran por parte del Concedente las consecuencias económicas de financiar la adquisición del mayor número de predios requeridos por un separador de dichas características, por el contrario en el Otrosí No 4 se expresó en la cláusula decima segunda que *"El Concesionario declara que las condiciones del presente otrosí no afectan la consecución del Cierre Financiero en los términos previstos en el Contrato de Concesión."* De esta manera, no sólo no se cambió la obligación del Concesionario de financiar la adquisición predial, sino que adicionalmente, el mismo declaró que lo que disponía el Otrosí no afectaba la consecución del cierre financiero.

Debe en todo caso señalarse que en el Otrosí No 8 se contemplaron obras adicionales y allí se dispuso expresamente que algunas de ellas deberían tener un separador de 4 mts. En efecto, así ocurrió con el Trayecto 11 en la "*Ampliación a doble calzada del trayecto El Paso – San Rafael que comprende:*

[307] Folio 243 del Cuaderno de Pruebas No 3.

21.1) Ejecutar las obras de construcción que resulten necesarias para las segundas calzadas con separador de cuatro metros, entre el PR (11+300) y el PR (0+00)." Sin embargo, dicho Otrosí no modificó la obligación de financiación del Concesionario, por lo que la adquisición de los predios debía realizarse en las condiciones previstas en la cláusula 37.

En las aclaraciones a la pregunta 4A el perito técnico manifestó:

> *"El Concesionario realizó un análisis preliminar de lo que podría costar en materia de predios y de obras adicionales una ampliación de los separadores, cuyos resultados presentó mediante comunicación GT-OF-IN-0064-05 de Marzo 11 de 2005, suministrada al perito por el Concesionario, cuya copia se adjunta. Según este estimativo preliminar, en caso de que se construyera un separador central de 4m a lo largo de la totalidad de los sectores donde se ampliara la doble calzada, en longitud aproximada de 80 Km, se produciría un incremento del 19% en el costo total de las obras y un incremento de 85 hectáreas adicionales en predios, aproximadamente. Como segunda alternativa, se estimaba que una ampliación del separador a un ancho de 4 m solamente en los sectores donde el impacto sobre la construcción fuera de medio a bajo, se restringiría a unos 40 Km, desde la variante de Fusagasugá hasta el sector El Paso, y en este caso el incremento sería del 5% en el costo total de las obras y de 37 hectáreas adicionales en predios, aproximadamente. Se puede decir que con esta comunicación el Concesionario manifestaba que existía la factibilidad técnica de este tipo de ampliación y señalaba un valor aproximado de implicaciones en obras y en el número de predios requeridos, más no de los costos correspondientes a estos últimos.*
>
> *"Pocos días después de esta comunicación, en Abril 19 de 2005, el INCO, mediante comunicación 003061, dirige una comunicación al representante legal del Concesionario, firmada por el Subgerente de Gestión Contractual, cuyo Asunto es "Actividades de Construcción en etapa de pre-construcción. Ancho separador de vía.", suministrada al perito por el Concesionario, cuya copia se adjunta a la presente respuesta, en la cual se señala lo siguiente:*
>
> *"Mediante la presente comunicación, le manifiesto con preocupación que en visita efectuada por la Interventoría y la Supervisión del proyecto al lugar donde se adelantan actividades de construcción en la actual etapa de Preconstrucción (trayecto 10), se ha encontrado que los trabajos que se vienen llevando a cabo están realizándose teniendo como eje, un separador central de 11.00 metros de ancho.*
>
> *"En virtud de lo anterior, el INCO en ejercicio de las actividades contractuales propias como entidad concedente, procedió a hacer la respectiva revisión de los diseños recibidos de parte de Ustedes, y de su*

contenido y de sus alcances, no se desprende el sustento de diseño y de construcción con estas especificaciones.

"Una vez consultado el asunto con el Gerente General del INCO, y de conformidad con sus instrucciones, le solicito atentamente informe a esta Subgerencia y a la Interventoría del proyecto a la brevedad posible, las razones que han tenido en cuenta para la intervención de la vía con dicha especificación técnica, toda vez que el INCO entiende, de conformidad con lo establecido en la cláusula 34 del Contrato de Concesión, que cualquier ejecución errónea por fuera de lo diseñado, será por cuenta y riesgo del Concesionario, y no acarreará ningún tipo de costo ni responsabilidad para el instituto."

"El Concesionario dio respuesta al INCO mediante comunicación GT-OF-IN-0142-05 del 8 de junio de 2005, suministrada por el Concesionario al perito técnico, cuya copia se adjunta, en la cual presenta las razones que tuvo para adoptar las especificaciones técnicas en el sector mencionado. En primera instancia se menciona el pronunciamiento del Gobierno Nacional, ya referido. Además señala que en diversos comités se había hablado de la conveniencia de ampliar los separadores, lo cual mejoraría las condiciones operacionales y de seguridad vial y al mismo tiempo podría proporcionar una franja adicional para un carril adicional en cada calzada. Finalmente menciona que las Especificaciones Técnicas de Construcción del Proyecto señalan que es posible construir separadores con un ancho mayor de 0,60m.

"El perito hace la observación de que en su respuesta original a la pregunta 4A había mencionado "Por otra parte el perito no conoce de pronunciamientos de la ANI señalando una objeción al diseño del Concesionario acerca de los separadores viales ampliados, ..." en la página 16/16 de dicha respuesta. De acuerdo con la comunicación transcrita, esta frase fue una imprecisión, la cual se corrige con esta aclaración, donde se observa que el INCIO sí planteó objeción al tema.

"Por lo anterior, se concluye que para abril 19 de 2005 el Concesionario ya había dado iniciación a las obras que involucraban predios para un separador central con 11 metros de ancho. (Se observa que el Concesionario ya no está planteando un separador de 4 metros de ancho, tal como lo había señalado en su comunicación de marzo 11 de 2005, sino que ya está ejecutando una obra, con predios ya comprometidos en la obra, que daban cabida a un separador central de 11 metros de ancho, o sea el 275% del ancho planteado hacía pocos días). Y en la respuesta del INCO se señala claramente que tal ancho no había sido parte de los diseños entregados por el Concesionario y se observa que la decisión de llevar a cabo una modificación contractual para la modificación del ancho del separador no ha sido adoptada por el INCO. También es notoria la sorpresa

y la preocupación del INCO y de la interventoría. Claramente la sorpresa no se refiere a la posibilidad de que los funcionarios del INCO y la interventoría del Proyecto no conocieran del reciente pronunciamiento del Gobierno Nacional a favor de un ancho mayor para los separadores para el Proyecto, sino al hecho de que el Concesionario hubiera procedido a ejecutar obras y comprometer predios para un separador de 11 metros de ancho, sin haber mediado un análisis más detallado de las implicaciones de esta medida, tanto para el Gobierno Nacional como para el Concesionario, sin haberse ejecutado las gestiones obligatorias por ley para este tipo de modificaciones contractuales, las cuales requieren haber analizado las implicaciones financieras de la medida para el contrato de concesión y la gestión de los recursos financieros adicionales correspondientes.

"Al respecto, es importante recordar que durante la estructuración técnica, legal y financiera del proyecto, la cual fue concebida con la asesoría del Consorcio de Booz Allen & Hamilton, Inverlink, et al. ya se había señalado que el proyecto del trayecto Bogotá –Girardot ofrecía niveles de rentabilidad que se ajustaban a lo demandado por inversionistas de infraestructura vial en Colombia, pero que "No obstante, debido a que esta concesión corresponde al trayecto que demanda los mayores niveles de inversión en capacidad, resulta ser un proyecto deficitario y en este sentido requiere de $68.235,2 millones de pesos constantes de diciembre de 2001." (Informe 1 Revisado de la Estructuración Técnica, Legal y Financiera del Corredor Buenaventura-Bogotá, Abril de 2002, pág. 80). En la misma página se presenta el resumen de los cómputos que llevan a la exigencia de aportes estatales por valor de $68.235 millones de pesos constantes de diciembre de 2001, para hacer viable la Concesión.

"Por lo mencionado en el informe de estructuración referido respecto al déficit del proyecto, se puede concluir que la adquisición de predios adicionales por montos que sobrepasaran los estimativos iniciales requeriría de nuevos aportes estatales para cubrirlos. Respecto a los requerimientos de aportes estatales el mismo informe señala en el numeral IV.5.5.3 que "Se sabe que estos recursos (se refiere a aportes del Estado) son escasos, y que por esta razón su uso debe restringirse en el mayor grado posible, tanto su total, como los desembolsos periódicos. "

"Pocos días después del cruce de comunicaciones mencionado, en el que el INCO manifiesta su sorpresa por la construcción del separador de 11 m de ancho y que el Concesionario contesta que el separador de 11 m cumple con la especificación técnica contractual de ser mayor que el mínimo de 0,60 m, las partes firman el Otrosí N° 4 el día 24 de Mayo de 2005, en el cual el Considerando N° 3 señala: "3. Que es interés del Gobierno Nacional que el Concesionario estudie la posibilidad, de construir en los tramos donde sea posible, un separador central con un ancho superior al mínimo establecido en el Apéndice 2 ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCIÓN."

Sin embargo, el mencionado Otrosí N° 4, en su parte resolutiva, no establece una modificación contractual referente al incremento del ancho del separador central, ni asigna recursos adicionales al Contrato para las obras o para la adquisición de los predios adicionales y tampoco hace un replanteamiento de las condiciones contractuales para restablecer el equilibrio que podría alterar una modificación de este tipo."

" ...

"El Concesionario, con base en el pronunciamiento del Gobierno Nacional, inició la ejecución de las obras y la adquisición de los predios adicionales requeridos para la ampliación de los separadores antes de que se hubieran analizado los detalles de costos, antes de que se coordinara con el INCO acerca de posibles ajustes que requiriera el contrato de concesión y antes de gestión de los recursos nacionales adicionales y de que estos se formalizaran en un otrosí al contrato. Este procedimiento incrementó el problema predial, el cual también se había incrementado por los demás factores analizados y descritos en las respuestas a las preguntas 1A, 2A, 3A y 4A. También incrementó el Concesionario sus propias necesidades de financiación temporal de recursos adicionales, sobre lo cual se hubiera podido acordar, mediante un otrosí, una modificación limitante de esta obligación."

De esta manera, una de las circunstancias que incrementó considerablemente los requerimientos prediales fue el aumento del separador. Dicha solicitud no se tradujo en un cambio general en el contrato, sino sólo en la inclusión en los Considerandos del Otrosí No 4 del interés del Gobierno de que el Concesionario estudiara la posibilidad de construir un separador central más amplio. Sin embargo, ello no implicó cambio en las reglas contractuales en materia de la obligación de financiación predial. Adicionalmente, el Concesionario realizó su estimación sobre la posibilidad de realizar tal incremento a 4 mts e incluso realizó un incremento mayor para llegar a 11mts. Finalmente, si bien en el Otrosí No. 8 se contempló expresamente para una obra la existencia de un separador de 4 mts, tampoco se modificó el régimen contractual en materia de financiación predial.

Todo lo anterior lleva a concluir entonces que el incremento en la financiación predial producto del aumento en el separador fue asumido por el Concesionario. Igual ocurre con los demás cambios de diseño que hizo el Concesionario, los que tampoco dieron lugar a cambios en el régimen de financiación predial incluido en el Contrato.

Por otra parte, y en lo que se refiere al desfase inicial en la estimación de los predios requeridos que invoca la demandante debe señalarse que el perito técnico expresó que en la etapa inicial el Concesionario pudo calcular un área mayor de la inicialmente contemplada.

En efecto, en la respuesta a la solicitud de aclaraciones a la pregunta 12C de la convocante en la cual se solicitó *"El perito complementará su respuesta indicando si Ingetec pudo haber estimado el área de predios requerida para el proyecto multiplicando el ancho de la nueva calzada diseñada por la longitud de los trayectos y comparará este resultado con el valor que concluyó Ingetec como área de predios requeridos."*, el perito expresó:

> *"...*
>
> *"En la pregunta se plantea acerca de la posibilidad de aplicar métodos simplificados para llegar a cifras de estimación del orden de magnitud de las áreas. Cuando se contempla un separador de ancho constante para todo el proyecto, se está asumiendo implícitamente que las condiciones del terreno son ideales y tiene pendientes inferiores al 5%, y que adicionalmente no se requieren obras adicionales a la construcción de la segunda calzada como retornos a nivel o desnivel, la construcción de puentes peatonales, el mejoramiento de espacios públicos, el desarrollo de intersecciones viales, ni ningún otro tipo de obra que requiera adquisición predial adicional. En este caso se podría calcular esa equivalencia, para tener una estimación burda del orden de magnitud de la posible afectación predial del proyecto. Hay que aclarar que esta aproximación no se puede utilizar como referente para el cálculo de la afectación predial del proyecto, debido a que tiene en cuenta varios supuestos de gran afectación e imprecisión de acuerdo a las condiciones propias del proyecto. Al desarrollar este cálculo, asumiendo cada uno de los factores mencionados anteriormente, adicionalmente habría que estimar qué áreas de predios se encuentran escrituradas a nombre de la Nación, ignorar las áreas mínimas desarrollables y las zonas ambientalmente protegidas o restringidas, por lo cual ese ejercicio no corresponde a una buena práctica de ingeniería y puede arrojar un valor alejado de la realidad.*
>
> *"En el caso de no tener una identificación predial previa al inicio del proyecto, se puede desarrollar este ejercicio para obtener un estimativo preliminar del área predial requerida, para lo cual en este caso, el Concesionario también pudo haber desarrollado el mismo ejercicio sugerido desde la etapa de licitación del proyecto y haber encontrado que para el desarrollo de las obras del Trayecto 4 al Trayecto 10, correspondientes a las obras inicialmente estipuladas en el Contrato de Concesión GG-040-2004, las cuales suman 99.74 km, al multiplicar esta longitud por un ancho efectivo de 11.1m (0.6 metros de separador y 10.5 metros de calzada incluyendo las bermas), se obtiene un área requerida de de 110.71 ha asumiendo cada uno de los factores mencionados anteriormente, frente a las 44.45 ha estimadas dentro de la identificación predial de los diseños de licitación tenidos en*

cuenta en los términos de referencia y haber hecho la aclaración para el desarrollo de la contratación." (se subraya)

Como se puede apreciar si bien lo que corresponde a las buenas prácticas es realizar un estudio de detalle con la identificación predial, el perito también señala que es posible para el concesionario realizar un ejercicio simplificado que en el caso concreto hubiera permitido llegar a un área requerida mayor a la inicialmente prevista.

Finalmente debe señalarse que por comunicación CABG-IN-0406-09 del 2 de septiembre de 2009, la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., suspendió la suscripción de los contratos de promesa.

A tal efecto hizo referencia el Concesionario en primer lugar a que *"una vez agotados los 36,000,000,000.00 de pesos de 2002 establecidos en la-Cláusula 37 del contrato como aportes del Concesionario a la subcuenta de predios, este informó al Instituto Nacional de Concesiones - INCO que los recursos requeridos para culminar la gestión predial del proyecto oscilaban entre los 121,077,094,651.00 y los $ 76,224,191,720,00 ..., cifras que evidentemente desbordan todas las estimaciones que de manera razonable pudieron haber sido previstas en la estructuración financiera del proyecto*". Agregó que el Concesionario *"ha adelantado todas las gestiones para obtener por parte de la banca nacional e internacional la adecuada financiación de tos recursos requeridos para continuar y culminar la gestión predial; no obstante, el principal inconveniente encontrado es que contraria a la claridad que para las partes brinda la interpretación de lo dispuesto en la Cláusula 37 en cuanto al pago que por parte de la Nación debe realizarse con ocasión de los aportes que para el efecto realice el Concesionario a la subcuenta de predios, dicha redacción no ha sido suficiente garantía para que por parte de los diferentes entes financieros contactados se autorice el préstamo y/o desembolso de los recursos requeridos".*

Expresó igualmente el Concesionario que el cumplimiento de los compromisos dinerarios antes señalados depende exclusivamente de la posibilidad de lograr la aprobación de los créditos que se gestionan ante la banca "*para lo cual la única posibilidad es satisfacer a esta en cuanto a la aclaración de algunos aspectos financieros relacionados con la forma de pago establecida en la Cláusula 37 del contrato GG-040-2004...*" y señaló que los funcionarios del INCO consideraban innecesaria la aclaración solicitada. Por ello manifestó:

"Dada la circunstancia, la Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A. ha optado por suspender a partir de la fecha la expedición de nuestras ofertas de compra, así como suspender la suscripción de promesas sobre los predios ofertados, hasta tanto se aseguren las fuentes de financiación que

permitan contar con los recursos necesarios para la adquisición y desarrollo de esta gestión, lo cual consideramos va a retrasar el avance en el cumplimiento de las metas, pero resulta necesario, a fin de evitar conflictos jurídicos que se avizoran ante el incumplimiento de los contratos de adquisición de predios.

"Por lo expuesto, sería de gran utilidad para el Concesionario que Usted nos permita la suscripción del documento aclaratorio de la Cláusula 37 del contrato GG-040-2004, facilitándonos así el cumplimiento de los requisitos de financiación y la consecuente reactivación de la gestión predial." (se subraya)

En comunicación CABG-IN-0637-09 del 1º de diciembre de 2009 la Concesión reiteró su posición y señaló que en todo caso había aportado recursos adicionales. Así mismo en comunicación CABG-IN-0083-10 del 29 de enero de 2010 reitera que existe una diferencia acerca del alcance de la cláusula 37 del Contrato, por ello solicita que la controversia se someta a un amigable componedor.

En relación con este punto es importante hacer referencia a la declaración del señor Carlos Collins quien expresó sobre la inversión en predios:

"SR. COLLINS: No, no, eso lo pagaban por aparte. Entonces, los 28 mil se gastaron, se compraron unos predios, se comenzaron hacer las obras, hubo que poner los 9 mil porque ya se gastaron los 9 mil, hubo que comenzar a prestar dinero, 8 mil millones, y en ese estado es cuando por lo menos yo me doy cuenta de que estábamos metido en un... por qué, porque cuando nosotros ya llevamos 8 mil prestados, dijimos, pero un momentico, esto dónde va a parar, cuánto falta para comprar los predios de la Concesión ampliada, la repuesta fue 180 mil millones de pesos, entonces a mí me dicen, pero de dónde vamos nosotros ahora sacar 180 mil millones de pesos, cuando ya los bancos estaban jugados con nosotros, ya los Nule estaban con sus problemas financiero, entonces ya los bancos decir 180 mil millones de pesos para una vaina donde están los Nule.

"DR. ARANGO: Estamos hablando del 2010 entonces.

"SR. COLLINS: Estamos hablando del 2009, y yo diría que hasta el 2008, pero es que lo que se hizo cuando se hizo la adición era que eso era cofinanciado, el transmilenio normalmente es cofinanciado, cómo se cofinancia, el gobierno nacional pone el 70%, que ese era el 70% que estaba poniendo la ANI, era el gobierno nacional pero la ANI, y el otro 30% está financiado por el municipio de Soacha y por la gobernación, el tema fue que el municipio y la gobernación nunca pusieron sus aportes".(se subraya)

De lo expuesto se desprende que si bien pudo haber inicialmente una subestimación de los predios requeridos en la licitación, en todo caso le correspondía al Concesionario hacer sus propios análisis, sobre todo teniendo en cuenta que a él correspondían los diseños definitivos, y finalmente la mayor parte del incremento en el requerimiento predial se debió a los cambios de diseño por parte del Concesionario, incluyendo particularmente el incremento en el tamaño de los separadores. Dicho incremento se realizó en la obra sin ninguna modificación a las reglas contractuales sobre financiación predial, a pesar de la mayor afectación predial y consiguiente costo que implicaba. Ahora bien, a pesar de lo dispuesto en la cláusula 37 del Contrato el incremento en el valor de los requerimientos prediales no fue financiado por la Concesión, la que adujo que las entidades financieras requerían una modificación, pero debe recordarse que según señala el testigo Carlos Collins, ya las empresas MNV S.A. y Gas Kapital GR S.A. del Grupo Nule, socios de la concesión, tenían problemas financieros, lo cual claramente ponía en tela de juicio la posibilidad de acudir al sistema financiero.

Así las cosas, es claro para el Tribunal que la gestión predial no se realizó de conformidad con lo dispuesto por el Contrato y que las causas que llevaron a su suspensión en el 2009 eran imputables al Concesionario, por lo que existe un incumplimiento del mismo a sus obligaciones contractuales.

No sobra por lo demás anotar que cuando el Ministerio declaró la contingencia predial el Contrato no se modificó en lo relativo a que le correspondía al Concesionario realizar la gestión predial, por lo que no es posible aceptar la tesis de conformidad con la cual la revisión que eventualmente realizara la entidad estatal para desembolsar recursos adicionales producto de la declaración de contingencia predial exoneraba a la Concesionaria de sus obligaciones.

- **El cumplimiento por el concesionario de su obligación de gestión predial y los oficios que indica en su pretensión**

Finalmente debe señalarse que en su demanda reformada la demandante solicitó:

> *"**DECLARAR** que la **CONCESIÓN** cumplió el Contrato de Concesión GG-040-2004 respecto de las obligaciones a que se refiere la interventoría en sus oficios:...*
>
> *Respecto a la asunción de la gestión predial a cargo del Concesionario:*
>
> 1. *Concol 26 de noviembre de 2009 01-6150-2009*

2. *Concol 29 de enero de 2010 01-0510-2010*
3. *Concol 2 de marzo de 2010 01-1108-2010*
4. *Concol 3 de marzo de 2010 01-1122-2010*
5. *Concol 8 de marzo de 2010 01-1222-2010*
6. *Concol 5 de abril de 2010 01-1721-2010*
7. *Concol 15 de abril de 2010 01-1934-2010*
8. *Concol 10 de mayo de 2010 01-2421-2010*
9. *Concol 16 de junio de 2010 01-3207-2010*
10. *Concol 17 de enero de 2011 No. 01-0260-2011*
11. *Concol 25 de febrero de 2011 01-1147-2011*

Teniendo en cuenta la pretensión formulada considera necesario el Tribunal pronunciarse sobre cada uno de los mencionados oficios.

i. Concol 26 de noviembre de 2009 01-6150-2009 proceso de disminución de ingresos

Si se examina este oficio se encuentra que el mismo hace referencia a la comunicación INCO No. 20093020067361 del 8 de junio de 2009, por la cual el Instituto Nacional de Concesiones INCO solicitó al Concesionario, un informe consolidado de todos los compromisos de Gestión Socio Predial suscritos y pendientes, para lo cual le otorgó un plazo de 5 días y se señaló que con motivo de los constantes requerimientos de pago por parte de los promitentes vendedores, conforme con los acuerdos pactados en cada una de las promesas de compraventa de los predios necesarios para el proyecto, solicitaba al Concesionario dar cumplimiento en los términos de Ley y de los mencionados documentos suscritos con los siguientes propietarios: "1. Sr. Daniel Lescano y otra".

Agregó este oficio que de manera reiterada se ha requerido al concesionario, y éste reticentemente ha guardado silencio tanto a los requerimientos de la Interventoría. como a los de los propietarios respecto del cumplimiento de los compromisos adquiridos en las promesas de compraventa. A tal efecto se hizo referencia al oficio No. 01-4622-2009 del 10 de septiembre de 2009, por el cual la

Interventoría reiteró al Concesionario, el contenido del oficio No. 01-4398-2009 acerca de *"dar cumplimiento a las obligaciones contractuales económicas del tema Gestión Predial contempladas en la cláusula 37 del contrato de Concesión GG-040-2004, en la cual se aclara que el concesionario tiene la obligación de aportar los recursos faltantes para la compra de las predios necesarios para el proyecto y a su vez el Instituto Nacional de Concesiones deberá reembolsar con intereses en un lapso de 18 meses cornados desde la fecha en que se haga el aporte, estipulación cayo cumplimiento no se condiciona a la expedición de ningún tipo de documento por parte del INCO Y por consiguiente no es pertinente dar como respuesta a la comunidad que la demora en los pagos corresponde a la falta de dinero de la institución como se ha venido manifestando por parte de las comunidades (...)".* Por ello se solicitó *"(...) informe de manera inmediata, de la gestión efectuada por el concesionario para dar cumplimento a los compromisos adquiridos con estos propietarios en la promesa de compraventa objeto del predio identificado con la ficha predial número CASG-J-U-037 (...)". "f...) 1. " Una relación de los compromisos económicos pendientes en el proceso de adquisición y la programación que adelantara el concesionario por cada uno de los predios comprometidos" y 2. "El cumplimento, dentro de los términos prometidos, a cada una de las obligaciones adquiridas en la promesa de compraventa suscrita con esta propietaria y con cada uno de los propietarios de los inmuebles requeridos para el proyecto y agilizar los pagos pendientes a la fecha, toda vez que el incumplimiento de estos compromisos podría generar demandas ejecutivas en contra tanto del concesionario y solidariamente a la Nación, y hasta ahora no se ha obtenido respuesta a este requerimiento, so pena de iniciar proceso de incumplimiento por no dar cumplimento a sus obligaciones contractuales ..."*

En el oficio que se examina se citan como disposiciones contractuales una serie de estipulaciones que fundamentalmente se refieren al deber del concesionario de suministrar información.

Así mismo se expresa que "*Del análisis de los hechos presentados se evidencia que, de manera reiterada el concesionario ha hecho caso omiso a las solicitudes, tanto de esta Interventoría como del Instituto Nacional de Concesiones INCO, en la entrega de los informes solicitados y en el cumplimento de todas y cada una de las obligaciones contenidas en las promesas de Compraventa suscritas con los propietarios de los predios requeridos para el proyecto, lo que indica que el concesionario incumplió o ha cumplido tardíamente con sus obligaciones contenidas en el numeral 12.39 de la cláusula 12 del contrato de concesión, el numeral 2.11 de la cláusula segunda del Otrosí 17 del mismo contrato de concesión GG-040 de 2004 que modifica y adiciona la cláusula 37 del mismo*

contrato y el numeral 8.3 de la cláusula 8 ibídem." Por lo anterior se procede a aplicar una disminución de ingresos.

En primer lugar, el Tribunal no puede pronunciarse sobre la disminución de ingresos. Ahora bien, en cuanto a los demás aspectos debe observarse que si bien dicho oficio tiene relación con la gestión predial, y hace relación otros anteriores, lo cierto es que en el mismo se hace énfasis en el incumplimiento en la obligación de información sobre esta gestión y el incumplimiento de los contratos de promesa. Ahora bien, en relación con incumplimiento de la obligación de información no encuentra el Tribunal que se haya acreditado que dicha obligación se cumplió. Así mismo tampoco encuentra que se haya acreditado respecto de los casos mencionados en el oficio se cumplieron puntualmente los contratos de promesa. Por lo anterior es claro que respecto de este oficio no es posible acceder a lo solicitado por la demandante.

ii. Concol 29 de enero de 2010 01-0510-2010.

En este oficio se mencionan diversas obras que se adelantan por el concesionario y se hacen reparos al avance de la obra. A tal efecto se hace referencia a "*frentes de obra completamente inactivos y otras con muy baja asignación de recursos*". Así mismo se hace una recomendación de implementar las medidas pertinentes que permitan incrementar los rendimientos en la ejecución de las obras.

Como se puede apreciar, el oficio mencionado no señala que exista un incumplimiento por parte del concesionario, ni tampoco hace referencia explícitamente a la gestión predial, por lo que considera el Tribunal que no procede la declaración que pretende la demandante

iii. Concol 2 de marzo de 2010 01-1108-2010.

En este oficio se hace referencia al avance en la ejecución del contrato y a diferentes obras y se expresan reparos porque las obras no se hayan iniciado.

En particular respecto de la gestión predial se señala que por el adicional No 1 se aportaron recursos con destino a la gestión predial, y expresa que no obstante que el concesionario argumenta que no ha podido adquirir predios para iniciar la ejecución de las obras por falta de recursos, es evidente que el saldo de aporte es suficiente para cumplir con la programación prevista de adquisición de los predios. Por ello invita al concesionario a redoblar esfuerzos para dar comienzo a los puentes peatonales para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Otrosí 19.

En cuanto al túnel de Sumapaz la comunicación se refiere a la recomendación de la interventoría de no dar al servicio el túnel hasta que se encuentra verificado el buen funcionamiento de los sistemas de ventilación, iluminación y seguridad, y por ello señala que es necesario incrementar el ritmo de trabajo para terminar la obra en la fecha en que la Concesionaria se comprometió con el Gobierno.

Así mismo se refiere el oficio a la obra el sector de canecas y señala que la misma se desarrollaba a buen ritmo, pero que recientemente había bajado su intensidad. Igualmente hizo referencia a la existencia de desorganización en otros sectores.

A este respecto se aprecia que por el adicional No 1 se entregaron recursos adicionales, aunque según consta en los informes de los supervisores del contrato los mismos no eran suficientes para las necesidades del proyecto. En efecto en el informe de 17/09/2010 a 16/10/2010 del señor Álvaro Escalante se expresa:

> *"Los recursos adicionados con destino a la gestión predial del proyecto, otorgados mediante la firma del adicional No. 1 no son suficientes para atender las necesidades del proyecto en esta materia. Se estima que el faltante para predios asciende a la suma de $79.927.851.497 corrientes, por lo que esta Interventoría recomienda al Instituto Nacional de Concesiones, adelantar todas las acciones necesarias para proveer al Contrato de concesión GG-040 de 2004 los recursos requeridos para culminar a satisfacción la gestión predial, de conformidad con su obligación contenida en la cláusula 37 de dicho contrato.*
>
> *"El INCO está a la espera que la Fiduciaria La Previsora lleve a cabo un giro al concesionario de los recursos. En reunión efectuada en el despacho del señor ministro de Transporte, el Concesionario presentó una nueva cifra de necesidades prediales. En omite (sic) del 2 de Noviembre se solicitó oficializar el tema con el fin de informar al Sr Ministro para la Consecución de los recursos faltantes."*

Así mismo en el informe 17/10/2010 a 16/11/2010 del señor Álvaro Escalante se expresa:

> *"El Concesionario ha realizado aportes adicionales en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 37 de Contrato, por un valor de $8.085.347.963*
>
> *"Con el Adicional No. 1, firmado el pasado 21 de enero de 2010 por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO y la Sociedad Autopista Bogotá Girardot, se asignaron recurso en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula 37 del Contrato de Concesión, por lo que existen recursos*

disponibles para un mayor de predios valor de predios correspondiente a la suma de veintitrés mil ciento treinta y seis millón setecientos trece mil cuatrocientos cincuenta nueve pesos ($23.136.713.459) de octubre de 2009, los cuales equivalen a la suma de dieciséis mil ciento once millones trescientos veintidós mil ochenta y seis pesos ($16.111.322.186) constantes de diciembre de 2002

"Con el Adicional No. 1 al contrato de Concesión GG-040 de 2004, el INCO debe reembolsar al Concesionario, el valor de los aportes financiados por este, que exceden los montos establecidos en los numerales 37.6 y 37.17 de la misma clausula, con cargo a los recursos remanentes de las vigencias autorizadas por el documento CONPES 3535 de 2008, modificadas y ratificadas con el CONPES 3632 de 2009.

"Los recursos adicionados con destino a la gestión predial del proyecto, otorgados mediante la firma del Adicional No. 1, no son suficientes para atender las necesidades del proyecto en esta materia. Se ha escrito al Concesionario con el fin de que presente una información consolidada y documentada de los estimativos de los faltantes de predios, con el objeto de que el INCO pueda llevar a cabo de las diligencias presupuestales respectivas para conseguir los recursos faltantes".

Desde esta perspectiva se aprecia, que por una parte no aparece acreditado en el expediente que los reparos formulados por la Interventoría no fueran fundados. De otra parte en cuanto se refiere a los recursos del Adicional No 1, respecto de los cuales en el oficio mencionado se señala que existe un saldo para adquirir predios, y su aparente diferencia con lo expresado por el señor Escalante, se aprecia que los documentos se refieren a fechas distintas, por lo cual es evidente que lo que se afirma en los informes a partir del 17 de septiembre de 2010, no necesariamente corresponde a la situación existente en la fecha del oficio del 2 de marzo de 2010. A lo anterior se agrega que el oficio hace relación a la posibilidad de continuar adquiriendo predios en la fecha señalada de acuerdo con la programación de la obra, en tanto que los informes mencionados se refieren a la necesidad de recursos para todo el proyecto, es decir a situaciones distintas, por lo que lo indicado por el supervisor del contrato no contradice lo expuesto por la Interventoría. Pero aún si hubiera contradicción, para el Tribunal es claro que el Concesionario no podía invocar la falta de recursos para financiar la adquisición predial.

Por consiguiente, no puede el Tribunal concluir que ha sido desvirtuado lo expresado en el oficio de la interventoría que se analiza.

iv. Concol 3 de marzo de 2010 01-1122-2010.

En este oficio se hace referencia a la construcción de unos puentes que no se han iniciado y se señala que que la Concesión Autopista Bogotá Girardot debe financiar por sus propios medios la compra de predios y el INCO debe restituir esos recursos con sus respectivos intereses, por lo que debe dar inicio a estas actividades.

En relación con el contenido de este oficio, como se expresa en otro aparte de este laudo, el Tribunal ha concluido que la Concesión estaba en la obligación de proveer los recursos adicionales que fueran necesarios para la adquisición de predios, con la obligación de la entidad concedente de reembolsárselos, en las condiciones financieras señaladas en el Contrato.

Así las cosas, considera el Tribunal que no se ha desvirtuado el contenido del oficio que se examina por lo que se negará esta pretensión.

v. Concol 8 de marzo de 2010 01-1222-2010

En esta comunicación se hace referencia a las solicitudes de dar inicio de manera inmediata a la construcción de los puentes peatonales ubicados en el trayecto 1 del Proyecto y de dar prioridad en el manejo de los recursos otorgados por el Adicional No. 1 al Contrato de Concesión BGG-040 de 2004, para la adquisición de predios requeridos para la construcción de puentes peatonales.

En dicho oficio se requiere a la Concesión Autopista Bogotá Girardot para que en un término no mayor que 15 días, suministre las ofertas formales de compra de la totalidad de los predios que son requeridos para la construcción de los puentes peatonales ubicados en la Despensa, León XIII, Teneros, San Mateo, Carrera Séptima y San Humberto, del Municipio de Soacha, en cumplimiento del Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de predios, estipulado en numeral 37.1 del Otrosí No. 6 y Otrosí No. 17 del Contrato de Concesión BGG-040 de 2004.

En relación con ese oficio no encuentra el Tribunal que se encuentre acreditado en el expediente que el Concesionario dio cumplimiento a lo que en el mismo se requiere, a lo cual estaba obligado por el Contrato, por lo que no se puede acceder a la petición de la demandante.

vi. Concol 5 de abril de 2010 01-1721-2010

En este oficio se hace referencia a los que considera la interventoría incumplimientos del cronograma de ejecución de obra; a una relación de obras

que debieron iniciarse el 29 de noviembre de 2009 y el 28 de enero de 2010, así como a la parálisis de la obra en diferentes sectores.

Así mismo se señala que el Concesionario de manera unilateral suspendió la gestión predial haciendo caso omiso a la cláusula 60.5.8, que establece que la intervención del amigable no suspenderá la ejecución del contrato. Agrega que de igual manera, se suspendió la gestión predial ignorando que ella no está supeditada a los aportes de recursos por parte del INCO. Por lo anterior, se señala que el INCO requirió al Concesionario, en términos de la cláusula 29, para que en el inmediato plazo se reanude la gestión predial y en un término no mayor que 15 días, se remita a la interventoría el plan de contingencia para cumplir el cronograma de actividades.

En relación con este oficio tampoco encuentra el Tribunal que se encuentre acreditado que los requerimientos que allí se hacen no corresponden a la realidad. Es claro que como ya se dijo en otro aparte de este Laudo, el Concesionario incumplió su obligación de gestión predial al suspenderla invocando una carencia de recursos en el año 2009.

vii. Concol 15 de abril de 2010 01-1934-2010

En este oficio nuevamente la interventoría hace referencia al atraso en la ejecución de la obra y señala que es prioritario llevar a cabo una reunión en donde, con la participación del Concesionario y la de los representantes legales de las firmas asociadas en la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S. A., por parte del Concesionario, junto con el Gerente del INCO, el Supervisor del Contrato y la Interventoría se evalúe la situación actual de inactividad y se revise alternativas de solución.

En relación con este oficio tampoco encuentra el Tribunal que no se encuentra demostrado que lo que allí se dice no correspondía a la realidad, por lo que no puede acceder a lo solicitado por la demandante.

viii. Concol 10 de mayo de 2010 01-2421-2010

En este oficio se reitera que la sociedad autopista Bogotá –Girardot sigue incumpliendo el cronograma de ejecución de obra presentado por el Concesionario para la suscripción del otrosí No 19, sin que se evidencie razones de fuerza mayor que justifiquen esta situación. Así mismo señala los hitos previstos para el año 2010 y destaca las obras que debían haber iniciado con anterioridad y que a la fecha del oficio no reportan ninguna actividad. Igualmente

requiere al concesionario para que implemente medidas de emergencia para ponerse al día.

En relación con este oficio no encuentra el Tribunal que se haya acreditado que lo que en el se expresa no corresponde a la realidad en relación con el incumplimiento por el concesionario, por lo que no puede acceder a lo solicitado por la demandante.

ix. Concol 16 de junio de 2010 01-3207-2010

En esta comunicación la interventoría hace referencia a una serie de comunicaciones previas en las que se había reclamado por el avance de las obras y se solicitaba un plan de contingencia y se señala que *"Una vez analizados los hechos descritos en la presente documento y confrontados con el cronograma actualmente vigente, definido mediante otrosí 19 al contrato de concesión GG-040 de 2004, se encuentra claramente que el concesionario debió haber concluido las siguientes actividades en los siguientes plazos sin contar aquellas actividades que debieron haber iniciado y que acuerdo al cronograma deberían están próximos concluir, los cuales se relacionan en el numeral 1 de los hechos relacionados:*

ACTIVIDAD	*UBICACIÓN*	*TERMINA*
Construcción de 5 y adecuación de 2 de puentes peatonales	*Soacha Trayecto 1*	*20/05/2010*
Solución Tema del ICAM	*Trayecto 4*	*28/04/2010*
Construcción Calzada Nueva	*T4-K 16+900- K 1 7+900-*	*28/02/2010*
Construcción Calzada Nueva	*T5-K28+600-K29+150*	*15/06/2010*
Construcción Calzada Nueva	*T6-K500+000-K57+100 (empalme Variante)*	*17/03/2010*
Puente Peatonal el Salero	*Subtrayecto 9B*	*29/03/2010*

"..."

Agrega que *"Con respecto al incumplimiento en la entrega de los puentes peatonales de Soacha (Trayecto 1), se considera inaceptable desde todo punto de vista dado aparte de ser concebidos como una solución a la movilidad y seguridad de los peatones en el sector de Bosa y Soacha, sectores densamente poblados, con alto índice de accidentalidad, obedecen una acción de cumplimiento interpuesta por los habitantes de Soacha, el cual debía acatarse en el menor tiempo posible, situación que conocía claramente el Concesionario, y pese a que el fallo establecía plazos perentorios de cumplimento, a la fecha ni siquiera ha iniciado su construcción."*

Por lo anterior la interventoría informa sobre el *"incumplimiento del Concesionario al cronograma de trabajo, situación que de acuerdo a lo señalado en la cláusula 29 numeral 29.1.10 es sancionado con disminución en su remuneración, "equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada Día Calendario transcurrido* contados"*, a partir del 28 de febrero de 2010 fecha prevista en el cronograma de trabajo vigente, para haber terminado la construcción de la calzada nueva en el trayecto 4 comprendida K16+900- Kl 7+900 hasta la fecha en que el Concesionario cumpla efectivamente su obligación de concluir con las actividades descritas en el cuadro anterior".*

En relación con esta comunicación encuentra el Tribunal que no está establecido en el proceso que en la fecha a la que la misma se refiere la concesionaria haya cumplido con sus obligaciones, por lo cual no es posible acceder a esta pretensión.

x. Concol 17 de enero de 2011 No. 01-0260-2011

En esta comunicación se hace referencia a las estipulaciones contractuales sobre disminuciones de ingresos y se hace un listado de los informes de inicio del proceso de disminución de la remuneración del Concesionario, de las disminuciones aceptadas por el concesionario y trasladadas a la subcuenta de excedentes, así como de las disminuciones no aceptadas y trasladas a la subcuenta especial, así como el saldo pendiente de disminuir, y se requiere al concesionario para que se haga efectivos inmediatamente los procesos de disminución que cesaron y las sumas pendientes por trasladar.

Como se puede apreciar este oficio no se refiere en estricto sensu a un incumplimiento sino a la aplicación de disminuciones de ingresos ya dispuestas, por lo que es claro que no procede la pretensión formulada por la demandante.

xi. Concol 25 de febrero de 2011 01-1147-2011

En este oficio se hace referencia a la revisión que realizó la Interventoría sobre la información que el Concesionario remitió al INCO mediante comunicación CABG-1N-0811-10 en relación a los recursos requeridos para adquisición de predios. Así mismo se refiere a los análisis realizados y al balance predial.

Encuentra el Tribunal que en esta comunicación no se hace referencia al cumplimiento de una obligación concreta del concesionario por lo que no procede la pretensión formulada.

v. Conclusión

Por todo lo anterior se negará la pretensión 5.1 de la demanda principal y la primera pretensión consecuencial de dicha demanda, así como la pretensión 5.2. de dicha demanda. Adicionalmente se declarará, conforme lo solicitó la convocada en la pretensión quinta principal de la demanda de reconvención, que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con la obligación de la gestión predial para el Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot de acuerdo con lo señalado en la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, modificada a través de los Otrosíes Nos. 4, 6 y 17, generando un mayor valor en la adquisición de los predios. En efecto como se analiza en el siguiente capítulo el incumplimiento en la gestión predial causó un mayor valor en la adquisición de los predios.

Así mismo, se negarán las excepciones propuestas por la convocante en la contestación a la demanda de reconvención inicial denominadas: *"2.CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN MATERIA PREDIAL POR PARTE DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A."*, *"4. ALEA ANORMAL DEL RIESGO DE FINANCIACION PREDIAL A CARGO DEL CONCESIONARIO"* y *"5. RIESGO PREDIAL A CARGO DEL INCO"*.

Igualmente, prospera la excepción sexta numeral (ii) de incumplimiento del concesionario formulada por la entidad demandada en cuanto hace relación a la gestión predial por incumplimiento de la obligación de entrega de la información predial.

E. PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE GESTION PREDIAL

i. Pretensiones

Con fundamento en los incumplimientos de la convocada en reconvención a la obligación de gestión predial, en las pretensiones sexta y séptima principal de la demanda de reconvención reformada y sus subsidiarias se solicitó:

> ***"SEXTA PRINCIPAL.*** *Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., a título de daño emergente a favor de mi mandante, las siguientes sumas:*

"(i) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario y sobre los cuales se haya tenido que realizar nuevamente nuevos avalúos y la gestión para su negociación;
"(ii) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario frente al precio final de compra;
"(iii) El incremento en el valor de los predios derivado de su gestión tardía en la adquisición de los mismos;
"(iv) El valor de los predios que haya adquirido el concesionario para el Proyecto Vial Bogotá - Girardot por errores en la identificación, en exceso o por defecto, en los términos del inciso final del numeral 37.4 de la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, modificado a través de la cláusula primera del Otrosí No. 6 del 20 de agosto de 2005, que lo nominó de manera independiente con el numeral 37.9 de la cláusula 37.
"(v) El valor de aquéllos predios que por haber sufrido daños y/o averías producto de errores en el proceso constructivo del Concesionario o por sus decisiones o actos, haya tenido o tenga que pagar el INCO y que se prueben dentro del presente trámite.
"(vi) El valor de los daños y/o averías que hayan sufridos los predios, bienes o mejoras generados en desarrollo del proceso constructivo del Concesionario y/o los perjuicios y/o indemnizaciones que haya tenido que pagar el INCO con ocasión de los daños y/o averías enunciadas.

"Para el pago de estas sumas, solicito al H. Tribunal que condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de su efectivo pago a favor de la Entidad que represento.

***"Primera Subsidiaria.** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre los valores que resulten en los términos solicitados en la pretensión sexta principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de su efectivo pago a favor de la Entidad que represento.*

***"Segunda Subsidiaria.** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión primera subsidiaria de la sexta principal, que el valor a pagar se actualice con base en el IPC, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de su efectivo pago a favor de la Entidad que represento.*

***"SÉPTIMA PRINCIPAL.** Con base en la declaración sexta principal, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago*

del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite, a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura), liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo."

ii. Posición de la parte demandante en reconvención

Para sustentar sus pretensiones la demandante en reconvención se refirió al dictamen pericial técnico en cuanto en este se hizo referencia a la demora en la organización y gestión predial y a las consecuencias de la misma. Así mismo se refirió al dictamen del perito predial en el cual éste identificó 1011 unidades prediales para las cuales se ejecutó un avalúo por parte del concesionario, pero que, o bien no se han adquirido, o la adquisición de los mismos se realizó en fecha en la que el respectivo avalúo comercial ya estaba vencido.

Señaló la demandante en reconvención que el perito predial se refirió a 564 predios respecto de los cuales hubo algún incremento de valor sobre predios cuyo avalúo comercial la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., realizó y dejó vencer antes de lograr su adquisición. Pero agregó el perito que el valor de la transacción de compra es el mismo reportado en el avalúo comercial practicado. Igualmente se refirió la demandante en reconvención al dictamen pericial predial en el cual se identificaron 82 predios con avalúos vencidos que fueron adquiridos por un valor diferente. El perito predial precisó que el incremento de valor de los inmuebles adquiridos para el proyecto vial con base en un avalúo vencido, y a diferente valor del mismo es de ocho mil trescientos diez millones ciento cincuenta y cuatro mil cuarenta y seis pesos.

Igualmente se refiere la demandante en reconvención a los predios adquiridos por razón de cambios del diseño geométrico y la determinación de su valor por el perito predial.

Así mismo se refiere a los predios adquiridos por error y señala que en el dictamen pericial predial se concluye que el valor de estos inmuebles es de ochocientos ochenta y cuatro millones trescientos setenta y nueve mil noventa y siete pesos.

Por otra parte, en cuanto a los daños a predios por la ejecución del proyecto la demandante en reconvención se refiere al dictamen del perito predial, quien parte de la evaluación hecha por el perito técnico, así como el análisis de la situación actual que presentan los inmuebles del Condominio Balcones de Sumapaz realizada por el perito predial, quien tomando en cuenta lo anterior

determina el valor de tales unidades prediales, así como el valor de los eventuales daños que se hubieren causado sobre la propiedad raíz por efecto de la ejecución de la obra de ampliación y construcción de la autopista Bogotá-Girardot.

A este respecto destaca que según el perito predial la totalidad de las unidades prediales que hacen parte del Conjunto Balcones de Sumapaz, se vieron afectadas y presentan riesgo geotécnico.

Solicita finalmente la demandante en reconvención que se acceda a las pretensiones, no solo porque están probadas, sino porque versan sobre hechos susceptibles de ser probados mediante confesión, la cual en el presente caso se ha configurado de manera ficta o presunta, dado el silencio de la parte reconvenida, quien no contestó oportunamente la reforma de la demanda de reconvención.

iii. Posición de la demandada en reconvención

La demandada en reconvención se refiere a las pruebas practicadas en el proceso y, en particular al dictamen pericial del perito predial, respecto del cual formuló objeción por error grave.

Señaló la demandada en reconvención que se acreditó en el proceso que la gestión predial de CABG fue continua y correcta; que las compras de predios no necesarios para el proyecto fueron establecidos en el dictamen del perito predial a través de un informe del interventor, cuyas sumas fueron revisadas por el perito de parte de CABG, ascendiendo dicho valor a la suma de 87 millones de pesos; que los cambios de diseños no constituyen errores en la gestión predial; que no se tuvieron en cuenta los informes de EDL ni los de la interventoría del proyecto para establecer la historia de la gestión predial durante su ejecución, y finalmente, que no se puede aseverar el valor de los bienes que se hicieron necesarios por errores constructivos.

Por otra parte, la demandada en reconvención se refiere a la comparación que hace el perito predial entre el valor de los predios adquiridos para el proyecto, a la fecha de realización del avalúo: 2014, con el valor real de los predios según la adquisición realizada. Señala la demandada en reconvención que el ejercicio no discrimina los períodos de adquisición de dichos predios, ni si fueron adquiridos con cargo a la resolución 320 o a los recursos del concesionario y ello resulta fundamental por cuanto: Si fueron adquiridos por el concesionario antes de la resolución, resulta irrelevante el mayor valor, por cuanto fueron financiados con sus recursos y por cuanto su gestión en dicho período es considerada en

documentos públicos como cumplida; si fueron adquiridos por el concesionario con posterioridad a la expedición de la resolución, todos los avalúos fueron revisados, supervisados por la ANI pero además con cargo a un riesgo declarado a su cuenta y riesgo, y por ende, las llamadas demoras y su afectación sobre el valor de los inmuebles, resultan entonces resultantes de los retardos en la declaratoria del riesgo y en el desembolso de los recursos por parte de la ANI por lo que el ejercicio resulta inocuo.

Afirma la demandada en reconvención que lo único que prueba el ejercicio del perito predial es que la ineficiencia estatal deviene en mayores costos para el Estado. Señala entonces la demandada en reconvención que el ejercicio contenido en la pericia objetada no es más que eso. Un ejercicio costoso, por cuanto los documentos contractuales suscritos por las partes dicen lo contrario: el cumplimiento.

iv. Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, es pertinente destacar que el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso otorgan un tratamiento distinto a la no contestación de la demanda. En efecto, el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil establece que *"La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto"*. Por el contrario el Código General del Proceso establece en su artículo 97 que *"La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto"*. De este modo mientras el Código de Procedimiento Civil establece que existe un indicio en contra por la falta de contestación de la demanda, el Código General del Proceso dispone que existe confesión.

En este punto debe señalar el Tribunal que el presente proceso se desarrolló inicialmente bajo las reglas del Código de Procedimiento Civil y en particular, el traslado de la reforma de la demanda de reconvención se produjo cuando el mismo se encontraba vigente. Por consiguiente, las consecuencias de la no contestación de dicha reforma a la demanda deben determinarse de conformidad con el mencionado Código, pues fue bajo el mismo que se produjo el supuesto de hecho que se analiza para determinar sus consecuencias jurídicas. Por consiguiente la falta de contestación de la demanda debe analizarse como un indicio en contra de la demandada en reconvención.

Ahora bien, en relación con este punto debe agregarse que en el presente caso existe un elemento adicional que debe tomarse en consideración y es el siguiente: la demandada en reconvención contestó la demanda inicialmente formulada y dejó de contestar oportunamente la reforma a la misma. De esta manera el silencio de la demandada en reconvención fundamentalmente se refiere a aquellos aspectos en los cuales la reforma modificó la demanda de reconvención y por ello es respecto de los mismos que debe aplicarse la consecuencia legal.

Desde este punto de vista si se comparan las pretensiones de la demanda de reconvención y las de la reforma al que se refiere el presente capítulo se aprecia lo siguiente:

Demanda de reconvención original	Demanda de reconvención reformada
"SEXTA PRINCIPAL. Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., a título de daño emergente a favor de mi mandante, las siguientes sumas: "(i) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer y sobre los cuales se haya tenido que realizar nuevamente nuevos avalúos y la gestión para su negociación;	"SEXTA PRINCIPAL. Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., a título de daño emergente a favor de mi mandante, las siguientes sumas: "(i) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario y sobre los cuales se haya tenido que realizar nuevamente nuevos avalúos y la gestión para su negociación;
"(ii) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer frente al precio efectivo de compra;	"(ii) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario frente al precio final de compra;
"(iii) El incremento del valor de los predios derivado por su gestión tardía en la adquisición de los mismos;	"(iii) El incremento en el valor de los predios derivado de su gestión tardía en la adquisición de los mismos;
"(iv) El valor de los predios que haya adquirido para el Proyecto Vial Bogotá - Girardot por errores en la identificación en exceso o por defecto, en los términos del inciso final del numeral 37.4 de la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, modificado a través de la cláusula primera del Otrosí No. 6 del 20 de agosto de 2005, que lo nominó de manera independiente con el número numeral 37.9 de la cláusula 37.	"(iv) El valor de los predios que haya adquirido el concesionario para el Proyecto Vial Bogotá - Girardot por errores en la identificación, en exceso o por defecto, en los términos del inciso final del numeral 37.4 de la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, modificado a través de la cláusula primera del Otrosí No. 6 del 20 de agosto de 2005, que lo nominó de manera independiente con el numeral 37.9 de la cláusula 37.
"(v) El valor de los predios que haya adquirido para el Proyecto Vial Bogotá Girardot por cambios introducidos por el	(No se incluyó)

Concesionario al diseño geométrico por él propuesto, en los términos del segundo y quinto inciso del numeral 34.1 de la cláusula 34 del Contrato de Concesión GG-040-2004;	
"(vi) El valor de aquéllos predios que hayan sufrido daños y/o averías producto de errores en el proceso constructivo del Concesionario, entre otros, y/o los perjuicios y/o indemnizaciones que haya tenido y tenga que pagar el INCO con ocasión de los daños y/o averías enunciadas y que se prueben dentro del presente trámite.	"(v) El valor de aquéllos predios que por haber sufrido daños y/o averías producto de errores en el proceso constructivo del Concesionario o por sus decisiones o actos, haya tenido o tenga que pagar el INCO y que se prueben dentro del presente trámite.
"(vii) El valor de los daños y/o averías que hayan sufridos los predios, bienes o mejoras generados en desarrollo del proceso constructivo del Concesionario y/o los perjuicios y/o indemnizaciones que haya tenido que pagar el INCO con ocasión de los daños y/o averías enunciadas.	"(vi) El valor de los daños y/o averías que hayan sufridos los predios, bienes o mejoras generados en desarrollo del proceso constructivo del Concesionario y/o los perjuicios y/o indemnizaciones que haya tenido que pagar el INCO con ocasión de los daños y/o averías enunciadas.
Para el pago de estas sumas, solicito al H. Tribunal que condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de su efectivo pago a favor de la Entidad que represento.	Para el pago de estas sumas, solicito al H. Tribunal que condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de su efectivo pago a favor de la Entidad que represento.

Como se puede apreciar de la comparación realizada, las pretensiones que finalmente se incluyeron en la reforma de la demanda de reconvención ya figuraban en la demanda de reconvención, con pequeños ajustes, por lo que no se puede afirmar que la entidad demandada haya dejado de contestar la demanda, pues se pronunció sobre dichas pretensiones al contestar la demanda de reconvención original.

Partiendo de lo anterior, para resolver las pretensiones anteriores debe en primer lugar el Tribunal precisar el alcance de la responsabilidad del Concesionario por la adquisición de predios no requeridos y por gestión predial. A este respecto debe observarse que el otrosí número 6 modificó la Cláusula 37 y como consecuencia de lo anterior incluyó el numeral 37.9 cuyo texto es el siguiente:

> *"37.9. En todo caso, el Concesionario será el único responsable de la correcta identificación de los predios y de las áreas a comprar, en*

consecuencia será responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas, caso en el cual las sumas pagadas en exceso o en defecto deberán ser reembolsadas a la Subcuenta ***de Predios*** *y/o pagadas y la propiedad de dichos predios o terrenos se transferirá al* ***Concesionario.****"(se subraya)*

Ahora bien la cláusula 37 fue modificada y complementada por el Otrosí 17 de abril 29 de 2008, y allí se expresó que *"en adición y complementación a las obligaciones que ya le han sido atribuidas a través de la cláusula 37 del contrato de concesión..., (el Concesionario) deberá cumplir con las obligaciones que se describen a continuación..."* entre las cuales se encuentra:

"2.1....

"Considerando que el CONCESIONARIO es el único responsable de la correcta identificación y determinación de las áreas a adquirir, así como de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del proyecto, se entenderá que las áreas requeridas comprenden: (a) aquellas necesarias para la ejecución del proyecto, conforme a los diseños definitivos elaborados por el Concesionario (b) aquellas áreas sobrantes que deban ser adquiridas por no ser desarrollables, previa certificación de esta situación por parte de las Oficinas de Planeación competentes y aprobación de la INTERVENTORÍA, (c) aquellas que sean definidas conjuntamente en los Comités Prediales, situación que constará en las Actas correspondientes de los citados Comités.

"...

"2.12 En general, es responsabilidad del CONCESIONARIO el cumplimiento de todas las obligaciones que en materia de adquisición predial le han sido impuestas a través de la cláusula 37 del contrato de concesión GG-040-2004 (modificada mediante otrosí No. 6 de 19 de agosto de 2005), en todo aquello que no contradiga lo dispuesto por la partes en el presente documento de complementación y modificación.

"PARAGRAFO PRIMERO: Los mayores costos en la gestión predial que adelanta el CONCESIONARIO o cualquiera de sus contratistas, generados en errores en: la identificación del beneficiario de los pagos, las áreas requeridas, los valores de los predios, o cualquier pago realizado en exceso o de la falta de verificación de gravámenes o limitaciones, que sean atribuibles únicamente al CONCESIONARIO, serán de su cargo y, en consecuencia, éste deberá rembolsar, si es del caso, a la Subcuenta Predios del fideicomiso los recursos pagados por causa del error o en exceso.

"Asimismo, los sobrecostos en la gestión que adelanta el CONCESIONARIO, derivados de deficiencias en el levantamiento de la información para el reconocimiento de factores sociales, de las áreas no requeridas que se incluyan dentro de las fichas prediales o impliquen su modificación, de los valores de los predios o las áreas contempladas que impliquen modificaciones a los avalúos comerciales, promesas de compraventa y escrituras públicas, serán asumidos por el CONCESIONARIO, previa verificación del hecho por parte del INCO directamente o a través de su INTERVENTORIA." (se subraya)

En relación con las cláusulas transcritas advierte el Tribunal que las mismas regulan dos aspectos: por una parte la adquisición de predios que no se requieren finalmente para la obra de conformidad con los diseños definitivos, y por otra la responsabilidad del Concesionario por errores en la gestión predial.

Por lo que se refiere a la adquisición de predios que no se requieren para el proyecto de conformidad con los diseños definitivos la cláusula 37.9 estableció claramente que el Concesionario es el responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas. Además el otrosí 17 precisó que dichas áreas requeridas son las necesarias según los diseños definitivos. Lo anterior implica que todos los predios que finalmente no se requieran para la obra son de cargo del Concesionario, por lo cual él debe reembolsar las sumas pagadas en exceso o en defecto a la Subcuenta de Predios y/o pagadas y la propiedad de dichos predios o terrenos se transferirá al Concesionario. Se trata pues de una regla en virtud de la cual el Concesionario asume el riesgo de la adquisición de predios que no son necesarios de acuerdo con el diseño definitivo. Para que exista esta responsabilidad del Concesionario no es necesario que exista un error o una omisión de sus deberes.

Es pertinente señalar que esta regla contractual no es modificada por el otrosí 17 porque de una parte dicho otrosí claramente establece que las obligaciones que el mismo establece son adicionales a las previstas en la cláusula 37 y porque de otro lado, lo que dispone el otrosí 17 no contradice lo dispuesto por el numeral 37.9.

Por otra parte, el otrosí 17 contempla la responsabilidad del Concesionario por los mayores costos en la gestión predial generados en errores en: la identificación del beneficiario de los pagos, las áreas requeridas, los valores de los predios, o cualquier pago realizado en exceso o de la falta de verificación de gravámenes o limitaciones; así como aquellos, derivados de deficiencias en el levantamiento de la información para el reconocimiento de factores sociales, de las áreas no requeridas que se incluyan dentro de las fichas prediales o

impliquen su modificación, de los valores de los predios o las áreas contempladas que impliquen modificaciones a los avalúos comerciales.

En relación con este último aspecto relativo a la gestión predial, es pertinente destacar que el contrato de concesión puede generar obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Ahora bien, en cuanto se refiere a las obligaciones de medio para determinar el grado de diligencia que debe emplear el concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones, es pertinente señalar que el contrato de concesión tiene el carácter de oneroso, pues es en beneficio de ambas partes, lo que implica, de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, que el concesionario responde hasta de la culpa leve. Por consiguiente, en el cumplimiento de sus obligaciones debe obrar con mediana diligencia y cuidado. Así las cosas, si el concesionario no cumple sus obligaciones con la diligencia que le es exigible y ello le causa un daño a la entidad estatal, el mismo es responsable.

Teniendo en cuenta lo anterior debe entonces analizarse el alcance de la cláusula 2.12 del otrosí número 17 de abril 29 de 2008. Es claro que la cláusula implica que el Concesionario es responsable por los errores a que la misma se refiere, sin embargo cabe preguntarse si el Concesionario puede ser responsable por otros errores de conducta. La tesis de que la Concesionaria sólo responde en los eventos contemplados en la cláusula 2.12., no es aceptable por varias razones. En primer lugar, porque la cláusula que se analiza comienza por establecer que *"es responsabilidad del CONCESIONARIO el cumplimiento de todas las obligaciones que en materia de adquisición predial le han sido impuestas"*, lo cual implica que el concesionario es responsable por todo incumplimiento. A lo anterior se agrega que aceptar que el concesionario sólo es responsable por los errores que identifica la cláusula implicaría admitir que hay allí una cláusula de exoneración de responsabilidad por otras conductas, lo cual no se desprende de la cláusula. En este punto debe recordarse que en la medida en que una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad establece una excepción frente al régimen general de responsabilidad la misma debe ser clara, lo que no ocurre en este caso. Por consiguiente, para el Tribunal el propósito de la enumeración de los casos en los que responde el concesionario contenida en la cláusula es precisar unos eventos en que ello ocurre pero no excluir otros en que el concesionario haya incurrido en incumplimiento. Por ello debe aplicarse el criterio fijado por el artículo 1623 del Código Civil, de conformidad con el cual *"Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda."*

Desde esta perspectiva procede el Tribunal a analizar cada uno de los supuestos planteados por el demandante en reconvención.

"(i) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario y sobre los cuales se haya tenido que realizar nuevamente nuevos avalúos y la gestión para su negociación, y (ii) el incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario frente al precio final de compra"

Estas dos hipótesis parten de la base de que el avalúo se venció y por ello se incrementó el valor de la adquisición.

Si se revisa el dictamen pericial predial se encuentra que en la página 101 del dictamen el perito relaciona 82 predios adquiridos con avalúo vencido que presentan diferente valor de adquisición.

Como se puede apreciar, en este caso la demora en realizar la adquisición de los predios dio lugar a un mayor costo, lo que implicó un perjuicio para la entidad estatal concedente.

Si se suma el valor de los avalúos de los predios que se vencieron ($12.261.657.262) y se compara con el precio pagado ($32.108.148.646) se aprecia que la diferencia entre dichos valores es de $19.846.491.384. Ahora bien, no encuentra el Tribunal que la parte demandada en reconvención haya demostrado que la información del perito no es correcta, así como tampoco que haya demostrado una causa no imputable al concesionario que permita establecer que el incremento en el valor de compra no obedece a la demora del concesionario en la adquisición del bien, sobre todo teniendo en cuenta las consideraciones que hizo el Tribunal al analizar el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario en materia de gestión predial.

En esta medida es claro que la pretensión que se analiza debe prosperar en este punto.

"(iii) El incremento en el valor de los predios derivado de su gestión tardía en la adquisición de los mismos"

Por lo que se refiere a este ítem advierte el Tribunal que al perito predial se le solicitó *"sírvase indicar cuál es el mayor valor de los predios aún no adquiridos para el Proyecto vial Bosa – Granada – Girardot, partiendo desde el momento en que tuvo la oportunidad para hacerlo de acuerdo con el Programa de Gestión,*

Trámite y Adquisición de Predios hasta la fecha de presentación de su dictamen pericial".

El perito contestó que "*La respuesta a esta pregunta se determina con base en el documento denominado Programa de Gestión Trámite y Adquisición de Predios"* y agregó que dicho *"documento no fue proporcionado por ninguna de las partes involucradas en el Tribunal de Arbitramento" por lo que "no es posible dar respuesta a esta pregunta"*. Así las cosas no encuentra el Tribunal acreditado un perjuicio distinto al ya mencionado en el numeral anterior, por lo que la pretensión no puede prosperar a este respecto.

"(iv) El valor de los predios que haya adquirido el concesionario para el Proyecto Vial Bogotá - Girardot por errores en la identificación, en exceso o por defecto, en los términos del inciso final del numeral 37.4 de la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, modificado a través de la cláusula primera del Otrosí No. 6 del 20 de agosto de 2005, que lo nominó de manera independiente con el numeral 37.9 de la cláusula 37".

En el dictamen predial se expresa que el perito solicitó a la interventoría la relación de los predios adquiridos por error y esta última, según expresa el perito, le envió el oficio 01-5378-2014 de fecha 30 de mayo de 2014, en donde se remite al perito inmobiliario la relación de predios adquiridos por parte del Concesionario y que no eran requeridos para el proyecto.

Ahora bien, sobre el alcance de la información remitida, el perito precisó sobre el particular:

> *"Es de aclarar que este listado de predios fue generado con base en criterios de orden técnico en los sectores que se relacionan a continuación:*
>
> *"• Balcones de Sumapaz: En este sector se presenta una diferencia de criterio en el tema de la adquisición predial. La interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura manifiestan que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. debe adquirir 14 inmuebles que se vieron afectados por deficiencia en los estudios y diseños y en el proceso constructivo.*
>
> *"No obstante lo anterior, en la respuesta a la pregunta 5 del presente cuestionario, se trata con amplio detalle el tema específico de Balcones de Sumapaz.*
>
> *"• San Raimundo: La Interventoría considera que existe un grupo de predios en este sector que no han debido ser adquiridos por cuanto el diseño geométrico en esta zona tuvo modificaciones sustanciales, en el*

sentido de que el eje de la vía se desplazó, haciendo innecesaria la adquisición de cuatro unidades prediales.

"• Jaibaná: En igual forma, en este sector la Interventoría detectó cuatro predios que no eran requeridos para la construcción de la Intersección Jaibaná. Los diseños de esta intersección se modificaron por parte de la Concesión por efecto de una restricción ambiental impuesta por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura, debido a que en esta zona se encuentra un nacedero de agua, el cual es necesario preservar.

"• La 22: En virtud de los ajustes en el diseño del proyecto por parte del Concesión, la Interventoría identificó un total de 11 predios en el sector, que a su juicio era innecesaria la adquisición de los mismos.

"Todos los inmuebles enumerados anteriormente, excepto aquellos de Balcones de Sumapaz y el registro predial CABG-2-2-R-085 de Jaibaná, fueron relacionados por parte del Concesionario en la comunicación CABG-IN-0891-13"

Si se examina la comunicación No 01-5378-2014 de fecha 30 de mayo de 2014 del Interventor[308], a la que se refiere el perito, se encuentra que en ella el Interventor señala que en cumplimiento de sus obligaciones realizó una relación de los predios que fueron adquiridos por el Concesionario y que no son requeridos para el proyecto, agregó que dicha relación fue informada a la ANI por comunicaciones 01-1562-2014 y 01-2761-2014.

Ahora bien en la comunicación 01-2761-2014 que obra a folios 455 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 98 el Interventor expresa:

"3. Sobre el caso particular de los predios que no son requeridos para el proyecto, el detalle de las áreas en exceso no es posible de determinar de forma exacta hasta que se cuenten con los planos As-Built y estos se comparen con la Tira Predial ajustada Los planos deberán ser entregados como parte integral de las memorias técnicas que correspondan

"4. No obstante los predios no requeridos para el proyecto que no requieren comparación detallada entre los planes As-Built y la Tira Predial completa para una eventual identificación, son los enmarcados dentro de situaciones conocidas y de cierta importancia en el desarrollo del proyecto, sectores que se listan a continuación:

"4.1 Predios Sector Balcones de Sumapaz:

[308] Folio 448 del Cuaderno de Pruebas No 98.

"En este grupo de predios se encuentran aproximadamente 14 predios sobre los cuales se tiene una controversia debido a que la posición de la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura es que el Concesionario debe adquirir estos inmuebles con cargo a sus recursos debido a que la necesidad de compra se generó por deficiencia en los detallen de estudios y diseños y un deficiente proceso constructivo.

"Es necesario informar que como la entidad conoce, tal situación se encuentra formalmente dentro del Tribunal de Arbitramento que se adelanta como mecanismo de solución de controversias para el contrato por lo que los árbitros del proceso resolverán esta controversia.

"4.2 Predios Sector San Raimundo

"En el sector San Raimundo en el costado Bogotá-Girardot a la altura del K34 de diseño, se encuentran unos predios que según el concepto de esta Interventoría, podrían no ser requeridos para el desarrollo del proyecto. Las causas de esta posible compra innecesaria son el cambio del diseño geométrico en el sector de San Raimundo ya que para la entidad es igualmente conocido que en el último trimestre del año 2012 la Concesión manifestó que desplazaría el eje hacia el costado Girardot-Bogotá.

"En este caso esta identificación no es definitiva por el caso comentado de que la información aportada por el Concesionario sobre el diseño del sector es esquemática y no se ha dado completa atendiendo las condiciones de entrega para este tipo de información.

"4.3 Predios Sector Jaibaná

"Para el grupo de predios no requeridos en el sector Jaibaná, aprovechando la solicitud de un propietario del sector se han generado los oficios 01-7329-2013. 01-7867-2013 y 01-1143-2014. todos copiados a la entidad, donde esta Interventoría ha solicitado a la Concesión Autopista Bogotá-Girardot realizar un informe donde especifique los predios adquiridos por La Nación para desarrollar las obras de la intersección Jaibaná y que no fueron utilizados.

"La Concesión a través del oficio CABG-IN-0085-2014 respondió que una vez verificada la información de los predios adquiridos para dicha Intersección se concluye que el predio CABG-2-2-R-076 no fue requerido para la construcción de la misma, de igual manera no es clara la respuesta de la Concesión ya que no informa sobre los predios CABG-2-2-R-061 CABG-2-2-R-075 y CABG-2-2-R-085 que posiblemente y en la opinión de esta Interventoría pueden hacer parte de los predios adquirida y no requeridos.

"Es importante aclarar que el lineamiento de la vía en este sector fue modificado por la Concesión debido a una restricción ambiental impuesta por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales a través de la Resolución 877 de 2010 donde especifica que en el sector se Encuentra un nacedero de agua, razón por la cual no fue posible intervenir en ese lugar.

"El Concesionario en la intervención de! sector La 22, en el K32 de diseño, realizó ajustes a la geometría del sector por lo que aparentemente los predios ubicados en una parte del costado Bogotá-Girardot, no son requeridos para el proyecto.

"De igual forma en este caso se hace necesario manifestar que esta apreciación debe ser revisada responsablemente por el Concesionario como diseñador y constructor del proyecto.

"5. CONCLUSIONES

"5.1 Debido a la deficiencia de la información aportada por el Concesionario, específicamente la entrega de planos As-Built para los sectores ya terminados o en proceso de entrega, así como lo ausencia de una trazabilidad clara de los cambios al diseño geométrico por la no entrega de información completa detallada, no es posible determinar en esta etapa del proyecto partes de predios adquiridos que posiblemente hayan sido adquiridos en exceso.

"5.2 Sobre el caso particular del sector de Balcones de Sumapaz el mismo se encuentra dentro de los temas que se encuentra resolviendo el Tribunal de Arbitramento.

"5.3 Sobre el caso del sector Jaibaná para esta Interventoría es claro que algunos predios del sector no son requeridos, sin embargo el Concesionario debe Certificar como responsable de los diseños y de la construcción, las áreas exactas que no son requeridas mediante la expedición de un pronunciamiento claro y concreto sobre el tema. Esta solicitud se ha reiterado al Concesionario mediarle la comunicación 01-1143-2014.

"5.4 En los posibles predios sobrantes del sector La 22 y del sector San Raimundo, el Concesionario como responsable de los diseños y de la construcción debe certificar que no son requeridos de forma definitiva para que se pueda proceder a dar aplicación a las condiciones del contrato sobre los mismos.

"5.5 Dentro del Tribunal de Arbitramento se adelanta como tarea del perito predial designado por los Arbitros, la determinación de los predios que han sido adquiridos y que no son requeridos para el proyecto, actividad que se

hace para soportar una de las pretensiones perseguidas por la entidad en este proceso, por lo tanto es este tercero imparcial quien definirá a detalle el listado de predios sobrantes, información que deberá ser de todas formas formalizada por el Tribunal de Arbitramento.

"5.6 A continuación se presenta con carácter informativo los posibles predios sobrantes en desarrollo del Contrato de Concesión GG-040-2004. teniendo en cuenta las aclaraciones hechas a lo largo de la presente comunicación, los cuales de manera general son los mismos presentados por el Concesionario en su comunicación CABC-IN-089I-13, adicionándose los del sector de Balcones de Sumapaz y un predio del sector Jaibaná".

En la comunicación 01-2761-2014 que obra a folio 449 del Cuaderno de Pruebas No. 98, el Interventor expresa:

"En atención a la comunicación del asunto la Interventoría del proyecto reitera en su totalidad las observaciones presentadas en la comunicación 01 -1562-2014 relacionada con los predios sobrantes no requeridos para el proyecto y complementa la información de los procesos ya presentada, con la información correspondiente a área y valor extraídas de la sábana de seguimiento predial, indicando bajo las condiciones descritas en la comunicación citada, que la totalidad de predios listados no se requieren actualmente para el desarrollo del proyecto". (la subraya es del texto original)

Después de listar los predios requeridos, el Interventor expresa:

"Así las cosas, y atendiendo las obligaciones contractuales, el Concesionario debe reintegrar los recursos a la Subcuenta de Predios. No obstante, el caso especial del sector Balcones de Sumapaz deberá ser primero resuelto en el marco del tribunal de arbitramento que cursa para el proyecto".

Por otra parte, obra en el expediente del Proceso Concesión Bogotá Girardot contra la ANI (en adelante el Proceso Arbitral Concesión Bogotá Girardot-ANI-2)[309] la comunicación CABG-IN-0186-2014 en la cual se expresa:

"Con el fin de dar respuesta a la comunicación del asunto le informo respecto a los ajustes a los diseños del proyecto Vial, la cláusula 34 del Contrato de Concesión indica:

"El Concesionario deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento los diseños de detalle presentados a su costo y bajo su responsabilidad, con el fin de dar cumplimiento a los resultados previstos en este Contrato."

[309] Folio 31 del Cuaderno de Pruebas No 12.

> *"En ese sentido, durante la construcción del proyecto vial Bosa- Granda – Girardot, contrato de concesión INCO GG-040 de 2004, la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. se ha visto en la necesidad de ajustar los diseños geométricos del trazados por diversas circunstancias, buscando siempre lograr la mayor celeridad en la ejecución de las obras la menor afectación predial del área y precio."*

Se refiere la comunicación que se transcribe a los diferentes motivos para ajustar el diseño, los cuales incluyen características geotécnicas y/o geológicas que sólo pudieron ser detectadas durante la construcción; la existencia de predios "problemáticos," cuyo propietario o condición jurídica legal hacen demasiado dispendiosa su adecuación; y el hecho que en las poblaciones es común que no se tenga el catastro de las redes de acueducto y alcantarillado:

> *"Por todo lo anterior y otras situaciones particulares es posible que en algunos sectores del proyecto se hayan adquirido predios que posteriormente durante el desarrollo de proyecto no fueron necesarios, para lo cual la Cláusula 37 del contrato de Concesión dicta el procedimiento para subsanar esta situación así:*
>
> *"Cualquier error en la identificación de los beneficiarios, de los pagos o cualquier pago realizado en exceso será atribuido al Concesionario y en consecuencia este deberá reembolsar a la subcuenta de predios los recursos por error o en exceso"*

Agrega que como el proyecto está en ejecución no es posible identificar en forma exacta los predios no requeridos para el proyecto, en todo caso señala que existe un caso especial en la intersección Jaibaná y señala que durante la construcción de la variante a Fusagasugá la familia Williamson se opuso de múltiples maneras al diseño y que los argumentos más importantes fueron la existencia de un humedal y la afectación a una casona declarada bien de interés cultural. A tal efecto señala que la concesión luego de explorar opciones para que los propietarios accedieran a la venta, ajustó el diseño de la intersección Jaibaná. El cambio de diseño reduce drásticamente la afectación a los predios de la familia Williamson, pero el Concesionario agrega que en todo caso ya había varios predios adquiridos para la construcción de la intercesión.

En relación con lo anterior advierte el Tribunal que de conformidad con la regla prevista en la cláusula 37.9, complementada por lo dispuesto por el Otrosí 17, es claro que el Concesionario debe reembolsar a la subcuenta de predios los valores correspondientes a los predios que no formen parte del diseño definitivo de la vía, independientemente de su causa y si ella corresponde o no a una

conducta reprochable del concesionario, y que en tal evento los predios deben ser transferidos al Concesionario.

De lo expuesto se desprende que las conclusiones del Perito se fundan en la información suministrada por la Interventoría, la cual a su turno señaló que no era posible tener la lista completa de los predios no requeridos para el proyecto por la falta de los planos as-built de la concesionaria, pero en todo caso hizo una lista de las *"situaciones conocidas y de cierta importancia en el desarrollo del proyecto"*, que son las mismas que toma el perito. Ahora bien, la parte demandante formuló objeción por error grave contra el dictamen pericial predial, pero en lugar de indicar en cuáles de los casos concretos indicados por el perito los predios realmente no correspondían a la categoría a la que se refería la pregunta, formuló criticas al perito por haberse apoyado en la información de la interventoría. Lo anterior constituye una conducta procesal de la parte que el Tribunal debe tomar en cuenta en virtud del articulo 249 del Código de Procedimiento Civil. En este punto debe señalarse que las partes deben colaborar con el desarrollo del trabajo pericial, lo que implica suministrar al perito la información que sea necesaria para el desarrollo de su labor (artículo 242 del Código de Procedimiento Civil).

No sobra en todo caso señalar que en comunicación 01-2761-2014 que obra a folio 449 del Cuaderno de Pruebas No. 98, el Interventor además de reiterar *"las observaciones presentadas en la comunicación 01 -1562-2014"* complementa la información de los procesos ya presentada, y afirma *"que la totalidad de predios listados no se requieren actualmente para el desarrollo del proyecto"*. (la subraya es del texto original)

Por todo lo anterior, el Tribunal partirá de la información que suministra el trabajo pericial.

El perito incluyó la lista de predios adquiridos por error en su dictamen en la tabla 8, página 151 que reproduce el Tribunal de la siguiente forma:

No	Trayecto	Sub Try	FICHA PREDIAL	PROPIETARIO ACTUAL	LADO	ABSCISA INICIAL	ABSCISA FINAL	MATRÍCULA INMOBILIARIA	NÚMERO CATASTRAL	SECTOR
1	5	5ª	CABG-1-R-185	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA "ANI"	Der	31.857,20	31.923,87	50S-40363379	00-00-0002-0173-000	LA 22
2	5	5ª	CABG-1-R-186	GRACILIANO ROLDAN HUERTAS	Der	31.931,91	31.959,01	50S-40520964	00-00-0002-0277-000	LA 22
3	5	5ª	CABG-1-R-187	FRANCEDID GUZMAN FORERO		31.959,01	31.967,06	50S-40520965	00-00-0002-0276-000	LA 22

No	Trayecto	Sub Try	FICHA PREDIAL	PROPIETARIO ACTUAL	LADO	ABSCISA INICIAL	ABSCISA FINAL	MATRÍCULA INMOBILIARIA	NÚMERO CATASTRAL	SECTOR
4	5	5ª	CABG-1-R-187A	RITA ISABEL PADILLA SIERRA		31.967,06	31.975,06	50S-40520966	00-00-0002-0275-000	LA 22
5	5	5ª	CABG-1-R-187B	LUIS RICARDO RAMIREZ CARRILLO		31.975,06	31.983,06	50S-40520967	00-00-0002-0371-000	LA 22
6	5	5ª	CABG-1-R-187C	MARIA OFELIA CARDENAS MORA		31.983,06	32.004,41	50S-40520968	00-00-0002-0217-000	LA 22
7	5	5ª	CABG-1-R-188	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA "ANI"		32.004,41	32.019,16	50S-40280482	00-00-0002-0225-000	LA 22
8	5	5ª	CABG-1-R-189	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA "ANI"	Der	32.019,16	32.033,53	50S-40177547	00-00-0002-0224-000	LA 22
9	5	5ª	CABG-1-R-190	INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES "INCO"	Der	32.033,53	32.036,53	50S-40262180	00-00-0002-0223-000	LA 22
10	5	5ª	CABG-1-R-191	INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES "INCO"	Der	32.036,53	32.058,96	50S-40047456	00-00-0002-0222-000	LA 22
12	5	5B	CABG-1-R-232	INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES "INCO"	Der	34.373,19	34.388,18	50S-511805	00-00-0001-0331-000	SAN RAIMUNDO
13	5	5B	CABG-1-R-234	RAMIREZ ESPERANZA	Der	34.402,77	34.412,08	50S-511803	00-00-0001-0333-000	SAN RAIMUNDO
14	5	5B	CABG-1-R-235	Juan Diaz Vasquez	Der	34.412,08	34.416,83	50S-40186359	00-00-0001-0334-000	SAN RAIMUNDO
15	5	5B	CABG-1-R-242	Francisco Lino Jimenez y Maria Raquel Garay de Jimenez	Der	34.619,63	34.629,43	50S-40155485	00-00-0001-0342-000	SAN RAIMUNDO
16	7	7B1	CABG-2-2-R-067	INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES "INCO"	Izq	63.236,60	63.243,48	157-87314	00-02-0001-0067-000	JAIBANÁ
17	7	7B1	CABG-2-2-R-076	INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES "INCO"	Izq	63.324,57	63.354,86	157-73112	00-01-0002-2733-000	JAIBANÁ
18	7	7B1	CABG-2-2-R-075	INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES "INCO"	Izq	63.354,86	63.417,51	157-73111	00-01-0002-2732-000	JAIBANÁ
19			CABG-2-2-R-085	JOSE FRANCISCO VIVANCO SANABRIA Y OTRO		63.251,55	63.323,83	157-32670	00-01-0002-2733-000	JAIBANÁ
20	9	9B	CABG-3-R-121-1	Merly Avila de Sandoval y Otra		94.603,93	94.639,02	366-21428	00-01-0001-0133-000	BALCONES DE SUMAPAZ
21	9	9B	CABG-3-R-121-1ª	FIGUEROA DE TIBAQUIRA CARMEN HILDA Y OTROS				366-12175		BALCONES DE SUMAPAZ
22	9	9B	CABG-3-R-121-2	Mariana Rodriguez		94.639,02	94.652,82	366-19003	00-01-0001-1501-801	BALCONES DE SUMAPAZ
23	9	9B	CABG-3-R-121-3	Amparo Gomez Ramirez y Otros		94.652,82	94.667,31	366-19004	00-01-0001-1518-801	BALCONES DE SUMAPAZ
24	9	9B	CABG-3-R-121-4	Amparo Gomez Ramirez y Otra		94.698,65	94.711,11	366-18995	00-01-0001-1544-801	BALCONES DE SUMAPAZ

No	Trayecto	Sub Try	FICHA PREDIAL	PROPIETARIO ACTUAL	LADO	ABSCISA INICIAL	ABSCISA FINAL	MATRÍCULA INMOBILIARIA	NÚMERO CATASTRAL	SECTOR
25	9	9B	CABG-3-R-121-5	Jorge Guzman y otra		94.711,11	94.722,73	366-18996	00-01-0001-1510-801	BALCONES DE SUMAPAZ
26	9	9B	CABG-3-R-121-6	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA "ANI"		94.633,47	94.647,51	366-18987	00-01-0001-1494-801	BALCONES DE SUMAPAZ
27	9	9B	CABG-3-R-121-7	Fabio Meneses y Otra		94.651,85	94.668,38	366-18988	00-01-0001-2352-801	BALCONES DE SUMAPAZ
28	9	9B	CABG-3-R-121-8	Constructora J.V.C. Ltda		94.696,32	94.708,79	366-18993	00-01-0001-1509-801	BALCONES DE SUMAPAZ
29	9	9B	CABG-3-R-121-9	Mauricio Rojas Soto		94.708,79	94.719,60	366-19800	00-01-0001-1581-801	BALCONES DE SUMAPAZ
30	9	9B	CABG-3-R-121-10	Lilian Estella Mera Mosquera y Otro		94.669,15	94.676,66	366-18989	00-01-0001-1504-801	BALCONES DE SUMAPAZ
31	9	9B	CABG-3-R-121-11	Dicash Saldarriaga y asociados Ltda.		94.669,15	94.676,66	366-18990	00-01-0001-1505-801	BALCONES DE SUMAPAZ
32	9	9B	CABG-3-R-121-12	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA "ANI"		94.685,06	94.702,93	366-18991	00-01-0001-1506-801	BALCONES DE SUMAPAZ
33	9	9B	CABG-3-R-121-14	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA "ANI"		94.684,29	94.706,02	366-19950	00-01-0001-1562-801	BALCONES DE SUMAPAZ
34	9	9B	CABG-3-R-121-13	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA "ANI"		94.702,93	94.718,90	366-18992	00-01-0001-1507-000	BALCONES DE SUMAPAZ

Así mismo, el perito relacionó el valor que se pagó con cargo a la cuenta de predios por los predios adquiridos por error en el siguiente cuadro:

RELACION PAGOS PREDIOS					
OPE	BENEFICIARIO	CONCEPTO	SUBCUENTA	VALOR	FECHA
234	Juan Díaz Vasquez	Compraventa 1-R-235	Predios	2.326.000,00	1/12/2006
401	Nestor Cruz Roldan	Compraventa 2-2-R-067	Predios	30.809.360,00	1/02/2007
602	Carmen Rodriguez Viuda De Diaz	primer pago cabg 1 r 232	Predios	936.000,00	1/06/2007
714	Sonia Esperanza Ramirez	compra de predio cabg 1 r 234	Predios	2.005.500,00	1/09/2007

RELACION PAGOS PREDIOS					
OPE	BENEFICIARIO	CONCEPTO	SUBCUENTA	VALOR	FECHA
957	JOSE JAIR GAVILAN	ULTIMO PAGO DEL PREDIO CABG 3 R 186 ESCRITURA PUBLICA 0601	Predios	1.403.488,00	1/03/2008
1020	FERNEY ROJAS VILLEGAS	PAGO DEL PREDIO CABG 3 R 121	Predios	9.072.000,00	1/04/2008
1021	CARMEN RODRIGUEZ DE DIAZ	ULTIMO PAGO DEL PREDIO CABG 1 R 232	Predios	234.000,00	1/04/2008
1037	JUZGADO PRIMERO DE FUSA	PAGO PREDIO CABG 2 2 R 085	Predios	1.865.885,00	1/04/2008
1055	MERLY AVILA DE SANDOVAL	PAGO DEL PREDIO CABG 3 R 121-1	Predios	137.415.960,00	1/04/2008
1056	MIRYAM SANDOVAL DE CASTELLANOS	PAGO DEL PREDIO CABG 3 R 121-1	Predios	137.415.960,00	1/04/2008
1405	Roldan Ramirez Huertas	Predio CABG-2-2-R-076	Predios	143.976.000,00	20/11/2008
1433	Orlando Cuervo Lz	80% predio CABG-2-2-R-075	Predios	198.954.840,00	8/01/2009
1434	Aldemar Madrigal	Unico pago predio CABG-2-2-R-075	Predios	5.339.150,00	8/01/2009
2679	IRMA CARDENAS	COMPRA PREDIOS CABG-1-R-185	Predios	8.783.360,00	26/08/2011
2843	Benjamin Cardenas	CABG-1-R-1-189 SEGUN OPE 2843	PREDIOS	1.778.920,00	21/10/2011
3520	ARACELY CARDENAS	CABG-1-R-192 OP 3520 PRIMER PAGO POR COMPRA DE PREDIO	Predios	6.456.720,00	02/04/2012
3519	LUIS CARLOS BAYONA MORENO	CABG-1-R-192 PRIMER PAGO POR COMPRA DE PREDIO	Predios	6.456.720,00	02/04/2012
4277	GUZMAN FORERO FRANCEDID	CABG 1 R 187	Predios	11.520.000,00	29/10/2012
4052	ARIZA RODRIGUEZ JOSE DILVER	CABG 1 R 188	Predios	2.330.284,00	29/10/2012

RELACION PAGOS PREDIOS						
OPE	BENEFICIARIO	CONCEPTO	SUBCUENTA	VALOR	FECHA	
4474	LUIS CARLOS BAYONA MORENO	SEGUNDO Y ULTIMO PAGO COMPRA PREDIO CABG-1-R-192	Predios	1.612.680,00	01/02/2013	
4475	ARACELY CARDENAS MORA	SEGUNDO Y ULTIMO PAGO COMPRA PREDIO CABG-1-R-192	Predios	1.612.680,00	01/02/2013	
2634	MARIA CARDENAS	COMPRA PREDIOS CABG-1-R-187C	Predios	3.028.480,00	11/08/2011	
2362	MARIA GARAY	Compra predios	PREDIOS	5.291.280,00	24/03/2011	CABG-1-R-242
2363	FRANCISCO JIMENEZ	Compra predios	PREDIOS	5.291.280,00	24/03/2011	CABG-1-R-242
2364	MARIA GARAY	Compra predios	PREDIOS	1.071.200,00	24/03/2011	CABG-1-R-242
2420	SAMARA GOMEZ	Compra predios	PREDIOS	3.090.000,00	24/03/2011	CABG-1-R-242

Así mismo señaló el perito predial:

"Una vez revisada la subcuenta de predios, se verificó que los siguientes inmuebles no están incluidos en esa relación, por lo que no presentan movimiento financiero:

FALTANTES
CABG-3-R-121-1A
CABG-3-R-121-2
CABG-3-R-121-3
CABG-3-R-121-4
CABG-3-R-121-5

Tabla 11: Relación de pagos faltantes de predios adquiridos por error

"Estos inmuebles corresponden al sector de Balcones de Sumapaz."

De esta manera encuentra el Tribunal acreditado con el informe del perito predial la lista de los predios que se adquirieron por error y así mismo se precisa el valor que se pagó por ellos. Es pertinente destacar que de conformidad con el dictamen pericial, no aparece acreditado que se hayan adquirido y pagado los cinco predios correspondientes a Balcones de Sumapaz, por lo que tales predios no deben tomarse en consideración para determinar el valor de los predios adquiridos por error, pues al no haberse hecho erogación no se ha causado perjuicio a la entidad estatal.

Ahora bien, en su dictamen[310] perito señala que el valor de los predios adquiridos por error es de $884.379.097, sin embargo, al sumar el Tribunal el valor de los desembolsos realizados se encuentra que dicho valor asciende a $730.077.747. Por consiguiente, será este el valor que tendrá en cuenta el Tribunal pues es el que corresponde al perjuicio sufrido. En este sentido prosperará esta pretensión.

"(v) El valor de aquéllos predios que por haber sufrido daños y/o averías producto de errores en el proceso constructivo del Concesionario o por sus decisiones o actos, haya tenido o tenga que pagar el INCO y que se prueben dentro del presente trámite".

En relación con los predios que sufrieron daños por errores en el proceso constructivo o por sus decisiones, el perito técnico se refirió al sector Balcones de Sumapaz respecto del cual expresó:

> *"En el sitio denominado Balcones de Sumapaz el diseño de la vía contempló una ampliación de la vía para dar cabida a la doble calzada hacia el lado izquierdo (sentido Bogotá Girardot) ya que en este sitio no se hubiera podido ampliar hacia el lado derecho porque el cauce del Río Sumapaz limita a poca distancia con el borde de la vía actual.*
>
> *"De la inspección visual realizada por el Perito al conjunto Balcones de Sumapaz, y de la lectura de los informes especializados que resumen las conclusiones de estudios geotécnicos realizados en el sitio se concluye que el sitio denominado Balcones de Sumapaz Bajo se encontraba en un equilibrio precario, o por lo menos el talud contra el corredor del Proyecto, sobretodo acentuado por los deficientes drenajes del área y las fugas de piscinas y alcantarillados, pero principalmente por el crudo invierno que coincidió con la época de la construcción de la doble calzada en esta zona.*
>
> *"La inestabilidad que desencadenó la excavación de la pata del talud, que no ha sido un factor detonante de la inestabilidad sino contribuyente según los consultores que en su momento estudiaron en detalle esta problemática,*

[310] Página 157.

se hubiera podido mitigar, (de haber conocido el equilibrio precario con que el invierno mantenía la zona en equilibrio inestable) concibiendo el terraplén de contrapeso desde el primer momento y limitando las profundidades de excavación al mínimo posible para dar cabida a la subrasante de la calzada en construcción." (se subraya)

Ahora bien, el perito predial realizo una visita a los inmuebles a los que se refirió el perito técnico, de la cual concluyó que cerca de un 90% de las construcciones presenta este tipo de riesgo geotécnico, lo cual implica una grave limitante para la habitabilidad de las casas de Balcones de Sumapaz parte alta.

Dijo el perito predial *"A la luz de lo expuesto previamente, se puede afirmar que la totalidad de las unidades prediales que hacen parte del Conjunto Balcones de Sumapaz, se vieron afectadas y presentan riesgo geotécnico, como bien se puede apreciar en el registro fotográfico. Independientemente de la causa que pudo haber generado esta situación, la cual no es motivo de análisis en el presente documento, se observa un detrimento en la calidad tanto de las construcciones, como de los terrenos del condominio".*

Ahora bien, como quiera que de acuerdo con el dictamen técnico existen varias causas que concurren a la producción del daño en el caso de Balcones de Sumapaz, debe entonces el Tribunal determinar si el efecto de dichas causas podría tener que ser asumidas por la concesionaria.

Ahora bien, en este punto debe observarse que no está acreditado en el proceso que se haya establecido la responsabilidad del Concesionario o de la ANI frente a los dueños de los predios afectados. Como quiera que en este proceso no es posible declarar la responsabilidad de la Concesión frente a los afectados, porque ellos no son partes en este proceso ni en el pacto arbitral, el Tribunal se limitará a señalar que si se establece por la autoridad competente que por no hacer la construcción por los procedimientos que técnicamente era aconsejables se causó el daño, la concesionaria deberá responder ante la ANI por los valores que esta deba pagar.

"(vi) El valor de los daños y/o averías que hayan sufridos los predios, bienes o mejoras generados en desarrollo del proceso constructivo del Concesionario y/o los perjuicios y/o indemnizaciones que haya tenido que pagar el INCO con ocasión de los daños y/o averías enunciadas".

En relación con este ítem encuentra el Tribunal que en el proceso no aparecen acreditados daños adicionales que hayan sufrido los predios, distintos a los ya mencionados, por razón del desarrollo del proceso constructivo. Por tal razón se negará esta pretensión.

➢ ***Los Intereses***

Finalmente en sus pretensiones la demandante solicitó que se condenara al pago de los intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de su efectivo pago a favor de la Entidad demandante en reconvención.

Como ya se dijo en otro aparte de esta providencia los intereses sólo se pueden causar sobre sumas líquidas de dinero, por lo cual en casos como el que se analiza en que la responsabilidad se establece a través del fallo judicial, sólo es posible reconocer intereses de mora a partir de la fecha límite que el mismo señale para el pago de la condena.

En todo caso, tratándose de contratos estatales los intereses de mora deben ser, salvo estipulación distinta, los previstos por la ley 80 de 1993.

Por la anterior razón se negará la pretensión principal en materia de intereses y se declarará que prospera la primera pretensión subsidiaria de intereses, pero sólo a partir de la fecha límite que señala el laudo para el pago de las condenas.

Por consiguiente, respecto del período anterior a dicha fecha debe prosperar la segunda pretensión subsidiaria en la cual se solicita que se actualice el valor a pagar con base en el IPC, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha límite fijada por el laudo para su pago, fecha a partir de la cual se causaran intereses de mora a la tasa prevista por la ley 80 de 1993.

El valor actualizado de los predios cuyo avalúo se venció y que se adquirieron a un precio distinto se calcula según la fórmula empleada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, esto es, multiplicando el valor por el índice de la serie de empalme del DANE más reciente y dividiéndolo por el índice correspondiente al mes de origen, con lo cual se tienen los siguientes valores actualizados:

MATRÍCULA INMOBILIARIA	VALOR AVALÚO	VALOR TRANSACCIÓN	FECHA REGISTRO ESCRITURA	DIFERENCIA	ipc origen	IPC nov 2015	Valor actualizado
50S-40107109	$60.319.800	$586.530.096	41618	$526.210.296	113,98	126,15	$582.395.410
50S-40106993	$61.604.400	$586.530.096	41618	$524.925.696	113,98	126,15	$580.973.649
50S-40106994	$60.960.900	$586.530.096	41618	$525.569.196	113,98	126,15	$581.685.858
50S-40106976	$326.910.996	$586.530.096	41618	$259.619.100	113,98	126,15	$287.339.441
50S-40106975	$203.392.865	$914.556.717	41528	$711.163.852	114,23	126,15	$785.374.419
50S-40106974	$596.573.780	$914.556.717	41528	$317.982.937	114,23	126,15	$351.164.733
50S-40106973	$114.590.073	$914.556.717	41528	$799.966.644	114,23	126,15	$883.443.860
50S-40106992	$76.734.000	$586.530.096	41618	$509.796.096	113,98	126,15	$564.228.615
50S-40056152	$84.750.306	$252.969.091	40598	$168.218.785	115,26	126,15	$184.112.439
50S-40067709	$23.913.957	$26.603.226	41296	$2.689.269	112,15	126,15	$3.024.978
50S-40067741	$41.773.714	$20.886.857	41282	-$20.886.857	112,15	126,15	-$23.494.222
50S-40058908	$845.290	$18.223.050	41597	$17.377.760	113,68	126,15	$19.283.994
50S-40058909	$1.555.530	$18.083.850	41597	$16.528.320	113,68	126,15	$18.341.376
50S-249719	$315.676.587	$13.228.693	39134	-$302.447.894	89,58	126,15	-$425.918.752
50S-40102059	$91.272.170	$91.272.170	41138	$0		126,15	
50S-40102059	$283.118.850	$283.118.850	39328	$0		126,15	
50S-1203641	$10.677.940	$9.035.180	41072	-$1.642.760	111,35	126,15	-$1.861.106
50S-40337650	$1.769.460	$1.474.550	40955	-$294.910	110,63	126,15	-$336.282
50S-770766	$78.399.900	$62.719.920	41114	-$15.679.980	111,32	126,15	-$17.768.860
50S-930254	$330.611.160	$329.611.160	40106	-$1.000.000	101,98	126,15	-$1.237.007
50S-728450	$98.122.320	$111.892.320	41311	$13.770.000	112,65	126,15	$15.420.200
50S-593619	$100.816.250	$110.303.050	41425	$9.486.800	113,48	126,15	$10.545.998
50S-40365438	$61.840.850	$66.823.300	41270	$4.982.450	111,82	126,15	$5.620.963
50S-40389497	$28.165.900	$30.236.500	41250	$2.070.600	111,82	126,15	$2.335.952
50S-40406701	$19.191.360	$19.191.360	39191	$0		126,15	
157-39475	$162.040.400	$177.042.190	39889	$15.001.790	101,94	126,15	$18.564.605
157-104611	$1.464.367.100	$1.835.660.720	41548	$371.293.620	113,93	126,15	$411.118.144
157-24878	$60.373.650	$60.373.650	40955	$0		126,15	
157-46953	$13.607.800	$20.099.050	40863	$6.491.250	108,7	126,15	$7.533.314
157-101737	$84.750.306	$13.670.060	40592	-$71.080.246	106,83	126,15	-$83.934.972
157-76700	$95.626.800	$149.154.450	41597	$53.527.650	113,68	126,15	$59.399.305
157-24654	$66.575.140	$101.451.434	41506	$34.876.294	113,89	126,15	$38.630.648
157-81258	$37.407.600	$40.000.000	41515	$2.592.400	113,89	126,15	$2.871.466
157-48280	$8.582.700	$22.295.000	41533	$13.712.300	114,23	126,15	$15.143.190
157-108573	$50.781.300	$195.735.000	41569	$144.953.700	113,93	126,15	$160.501.266
157-90504	$6.144.120	$6.144.120	41443	$0		126,15	
157-36487	$132.359.020	$215.650.740	41584	$83.291.720	113,68	126,15	$92.428.312
157-36460	$50.403.950	$168.360.010	41599	$117.956.060	113,68	126,15	$130.895.118
157-3389	$94.058.135	$552.725.705	41492	$458.667.570	113,89	126,15	$508.042.093

157-78816	$144.321.180	$229.539.000	41620	$85.217.820	113,98	126,15	$94.316.792
157-2732	$6.524.090	$7.023.590	40214	$499.500	103,55	126,15	$608.517
157-70279	$21.267.550	$52.682.340	41439	$31.414.790	113,75	126,15	$34.839.347
157-127	$261.123.130	$276.921.630	41570	$15.798.500	113,93	126,15	$17.493.029
157-86403	$109.703.610	$119.948.616	41409	$10.245.006	113,48	126,15	$11.388.857
157-54144	$59.012.350	$68.584.700	41537	$9.572.350	114,23	126,15	$10.571.233
157-51429	$133.154.750	$148.467.300	41488	$15.312.550	112,65	126,15	$17.147.609
157-108558	$8.050.000	$12.250.000	41544	$4.200.000	114,23	126,15	$4.638.274
157-65253	$103.959.750	$116.474.700	41478	$12.514.950	113,8	126,15	$13.873.119
157-65254	$117.622.100	$122.909.550	41495	$5.287.450	113,89	126,15	$5.856.632
157-46586	$84.787.028	$89.012.028	41463	$4.225.000	113,8	126,15	$4.683.513
157-87160	$159.852.530	$155.739.830	41386	-$4.112.700	113,16	126,15	-$4.584.810
157-20423	$26.038.311	$28.539.811	41653	$2.501.500	114,54	126,15	$2.755.057
157-26218	$9.489.000	$9.489.000	40835	$0		126,15	
157-83947	$66.228.900	$139.849.480	41159	$73.620.580	111,69	126,15	$83.151.904
157-1762	$157.557.760	$226.507.830	41302	$68.950.070	112,15	126,15	$77.557.301
157-48115	$55.142.700	$55.682.100	40008	$539.400	102,18	126,15	$665.936
157-5001	$1.004.710.450	$1.005.856.450	41278	$1.146.000	112,15	126,15	$1.289.058
157-53428	$599.816.100	$566.708.050	41229	-$33.108.050	111,72	126,15	-$37.384.358
157-9044	$108.005.330	$130.387.110	40210	$22.381.780	103,55	126,15	$27.266.649
157-90203	$71.826.000	$122.191.540	41080	$50.365.540	111,35	126,15	$57.059.837
157-77788	$17.845.500	$24.846.900	40093	$7.001.400	101,98	126,15	$8.660.783
157-79181	$36.099.220	$21.659.532	39189	-$14.439.688	91,48	126,15	-$19.912.185
157-74772	$56.381.100	$6.900.000	40018	-$49.481.100	102,18	126,15	-$61.088.675
157-91083	$13.014.300	$589.200	39728	-$12.425.100	99,28	126,15	-$15.787.937
157-72382	$6.943.200	$35.516.700	41163	$28.573.500	111,69	126,15	$32.272.782
157-45347	$191.125.200	$154.506.800	39542	-$36.618.400	96,72	126,15	-$47.760.661
157-54208	$88.561.250	$88.562.050	39031	$800	87,67	126,15	$1.151
157-62020	$10.520.400	$6.751.700	39317	-$3.768.700	91,9	126,15	-$5.173.248
157-55939	$7.077.700	$7.353.600	41009	$275.900	110,92	126,15	$313.783
157-16959	$210.669.800	$21.669.800	39330	-$189.000.000	91,9	126,15	-$259.437.976
157-48288	$396.351.070	$419.754.670	41388	$23.403.600	112,65	126,15	$26.208.292
157-44844	$53.997.850	$53.997.850	39436	$0		126,15	
157-62974	$18.238.800	$55.513.000	40809	$37.274.200	108,35	126,15	$43.397.696
366-21513	$13.890.800	$13.890.800	39926	$0		126,15	
366-22733	$35.812.700	$36.589.550	39874	$776.850	101,94	126,15	$961.346
366-39618	$132.006.000	$85.597.200	40123	-$46.408.800	101,92	126,15	-$57.441.818
307-29247	$1.214.510.318	$15.500.000.000	40686	$14.285.489.682	107,55	126,15	$16.756.062.514
307-11807	$125.110.181	$122.607.977	39944	-$2.502.204	102,28	126,15	-$3.086.166
307-48618	$9.913.795	$25.150.145	39168	$15.236.350	90,67	126,15	$21.198.473
307-27411	$17.745.010	$22.965.010	39211	$5.220.000	91,76	126,15	$7.176.362

307-71888	$51.977.600	$111.110.200	41404	$59.132.600	113,48	126,15	$65.734.733
307-28324	$845.006.470	$907.495.420	41513	$62.488.950	113,89	126,15	$69.215.744
				$19.846.491.384			$22.750.576.634

Por consiguiente el valor actualizado por predios cuyos avalúos se vencieron es de $22.750.576.634 y será por dicho monto al que se impondrá la condena.

De la misma forma se procede a calcular el valor actualizado de los predios que se adquirieron por error en la siguiente forma:

BENEFICIARIO	CONCEPTO	VALOR	FECHA	indice ipc a la fecha	indice IPC diciembre de 2015	Valor ajustado
Juan Diaz Vasquez	Compraventa 1-R-235	2.326.000,00	1/12/2006	87,87	126,15	$3.339.307
Nestor Cruz Roldan	Compraventa 2-2-R-067	30.809.360,00	1/02/2007	89,58	126,15	$43.386.925
Carmen Rodriguez Viuda De Diaz	primer pago cabg 1 r 232	936.000,00	1/06/2007	91,87	126,15	$1.285.255
Sonia Esperanza Ramirez	compra de predio cabg 1 r 234	2.005.500,00	1/09/2007	91,97	126,15	$2.750.830
JOSE JAIR GAVILAN	ULTIMO PAGO DEL PREDIO CABG 3 R 186 ESCRITURA PUBLICA 0601	1.403.488,00	1/03/2008	96,04	126,15	$1.843.503
					126,15	
FERNEY ROJAS VILLEGAS	PAGO DEL PREDIO CABG 3 R 121	9.072.000,00	1/04/2008	96,72	126,15	$11.832.432
CARMEN RODRIGUEZ DE DIAZ	ULTIMO PAGO DEL PREDIO CABG 1 R 232	234.000,00	1/04/2008	96,72	126,15	$305.202
JUZGADO PRIMERO DE FUSA	PAGO PREDIO CABG 2 2 R 085	1.865.885,00	1/04/2008	96,72	126,15	$2.433.637
MERLY AVILA DE SANDOVAL	PAGO DEL PREDIO CABG 3 R 121-1	137.415.960,00	1/04/2008	96,72	126,15	$179.228.943
MIRYAM SANDOVAL DE CASTELLANOS	PAGO DEL PREDIO CABG 3 R 121-1	137.415.960,00	1/04/2008	96,72	126,15	$179.228.943
Roldan Ramirez Huertas	Predio CABG-2-2-R-076	143.976.000,00	20/11/2008	99,56	126,15	$182.428.409
Orlando Cuervo Lz	80% predio CABG-2-2-R-075	198.954.840,00	8/01/2009	100,59	126,15	$249.509.425
Aldemar Madrigal	Unico pago predio CABG-2-2-R-075	5.339.150,00	8/01/2009	100,59	126,15	$6.695.832
IRMA CARDENAS	COMPRA PREDIOS CABG-1-R-185	8.783.360,00	26/08/2011	108,01	126,15	$10.258.503
Benjamin Cardenas	CABG-1-R-1-189 SEGUN OPE 2843	1.778.920,00	21/10/2011	108,55	126,15	$2.067.349
ARACELY CARDENAS	CABG-1-R-192 OP 3520 PRIMER PAGO POR COMPRA DE PREDIO	6.456.720,00	2/04/2012	110,76	126,15	$7.353.875
LUIS CARLOS BAYONA MORENO	CABG-1-R-192 PRIMER PAGO POR COMPRA DE PREDIO	6.456.720,00	2/04/2012	110,92	126,15	$7.343.267
GUZMAN FORERO FRANCEDID	CABG 1 R 187	11.520.000,00	29/10/2012	111,87	126,15	$12.990.507
ARIZA RODRIGUEZ JOSE DILVER	CABG 1 R 188	2.330.284,00	29/10/2012	111,87	126,15	$2.627.740
LUIS CARLOS BAYONA MORENO	SEGUNDO Y ULTIMO PAGO COMPRA PREDIO CABG-1-R-192	1.612.680,00	1/02/2013	112,65	126,15	$1.805.944
ARACELY CARDENAS MORA	SEGUNDO Y ULTIMO PAGO COMPRA PREDIO CABG-1-R-192	1.612.680,00	1/02/2013	112,65	126,15	$1.805.944
MARIA CARDENAS	COMPRA PREDIOS CABG-1-R-187C	3.028.480,00	11/08/2011	108,01	126,15	$3.537.105
MARIA GARAY	Compra predios	5.291.280,00	24/03/2011	107,12	126,15	$6.231.282
FRANCISCO JIMENEZ	Compra predios	5.291.280,00	24/03/2011	107,12	126,15	$6.231.282
MARIA GARAY	Compra predios	1.071.200,00	24/03/2011	107,12	126,15	$1.261.500
SAMARA GOMEZ	Compra predios	3.090.000,00	24/03/2011	107,12	126,15	$3.638.942
		730.077.747				931.421.885,08

Por consiguiente el valor actualizado de los predios adquiridos por error es de $931.421.885 y por dicha cifra se impondrá la condena.

- ***Sobre la Pretensión Séptima principal de la demanda de reconvención***

Finalmente, en cuanto se refiere a la pretensión séptima principal de la demanda de reconvención encuentra el Tribunal Arbitral que en ella se solicita:

> ***"SÉPTIMA PRINCIPAL.*** *Con base en la declaración sexta principal, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite, a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura), liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo."*

Ahora bien, en la pretensión sexta principal no se solicitó una declaración del Tribunal sino una condena a pagar los rubros que allí se indican. Por consiguiente, los valores que correspondería condenar por la pretensión séptima con base en la pretensión sexta ya son objeto de condena por la pretensión sexta principal. Por otra parte si se entendiera que la pretensión séptima solicita se condene a los demás perjuicios que haya sufrido la demandante en reconvención, encuentra el Tribunal que no hay otros perjuicios probados. Por tal razón se negará esta pretensión

v. Conclusión

Por todo lo anterior prospera la pretensión sexta principal de la demanda de reconvención en los siguientes ordinales:

Los ordinales (i) y (ii) por lo cual se condenará a la Concesionaria a pagar a la entidad concedente la suma de $22.750.576.634 (valor actualizado);

El ordinal iv por el cual se condenará la Concesionaria a pagar la suma de $931.421.885 (valor actualizado);

Finalmente, prospera el ordinal (v) para el caso en que la ANI se vea obligado a pagar los predios de Balcones de Sumapaz, por hechos imputables al Concesionario, evento en el cual el concesionario deberá pagar la suma correspondiente.

Por lo que se refiere a interés de mora, se negará la pretensión principal, y se condenará a pagar intereses de mora a la tasa prevista por la ley 80 de 1993 a partir de la fecha límite fijada en este Laudo para pagar las condenas.

Así mismo se condenará a pagar el valor actualizado hasta la fecha en que se venza el plazo fijado en este Laudo para hacerlo, fecha a partir de la cual se causarán los intereses de mora ya señalados.

Así mismo se negará la pretensión séptima de la demanda de reconvención reformada.

F. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CIERRE FINANCIERO POR PARTE DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. PACTA SUNT SERVANDA, EL INCO ESTA YENDO CONTRA SUS PROPIOS ACTOS Y MALA FE PROCESAL

En su contestación a la demanda de reconvención original, la demandada en reconvención invocó como excepción el cumplimiento por parte de la Concesión de su obligación de realizar el cierre financiero. A tal efecto señala que está acreditado el cierre financiero y que, sin embargo, el apoderado del INCO procede a efectuar unas afirmaciones subjetivas, con el fin de justificar su demanda de reconvención para lo cual señala que "*Existen indicios graves para establecer que la Concesión Autopista Bogotá S.A., mientras mi representada confiaba en la ejecución a satisfacción de las obras a cargo de aquélla, en consideración a las calidades y experiencia que acreditó para ser adjudicatario del Proyecto Vial Bogotá Girardot, ésta se dedicaba a desvincular el capital que había acreditado para garantizar la totalidad de la financiación en los términos exigidos contractualmente, vía la celebración de subcontratos con sus propios accionistas* ***de quienes suponemos, tomaron dichos recursos para otros fines distintos de la ejecución del Proyecto (por cuanto es claro que no las han invertido)***" *(Negrilla fuera de texto)*

Igualmente formula la excepción que denomina PACTA SUNT SERVANDA y en desarrollo de la misma afirma que no se puede señalar que se cumplió el cierre financiero y al mismo tiempo demandar a la Concesión por el incumplimiento de esta obligación.

Así mismo, bajo la afirmación que el INCO está yendo contra sus propios actos señala la Convocada en reconvención que si en estricto cumplimiento de la obligación de cierre financiero el INCO procedió a aceptarlo y a firmar el Acta de Inicio de la Etapa de construcción, que estaba sujeta al cierre financiero, no puede el demandante en reconvención aducir que no existió tal cumplimiento e intentar retrotraer los efectos y endilgar culpas a la concesionaria.

Finalmente, bajo el título de mala fe procesal, expresa la Convocada en reconvención que *"el tono en el que se presentó la demanda de reconvención por parte del Instituto Nacional de Concesiones, no corresponden a la buena fe procesal,..."*. A tal efecto afirma que tal y como se expuso en el recurso de reposición presentado por la convocada en reconvención contra el auto que

decidió admitir la demanda de reconvención, los hechos propuestos por el representante del INCO no son jurídicamente relevantes, sino que hacen parte de simples apreciaciones, carentes de fundamento fáctico jurídico, y que lo único que buscan es desviar la atención del Honorable Tribunal, hacia asuntos netamente mediáticos y no jurídicos ni contractuales. Agrega que no es admisible entonces, que los apoderados de estas entidades, faltando a su deber de buena fe, hagan suposiciones o afirmaciones que intenten desviar la atención del Juez, sin fundamento alguno, intentando manchar el buen nombre de su contraparte.

Sobre el particular advierte el Tribunal que de conformidad con el artículo 280 del Código General del Proceso la sentencia "deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código" (se subraya).

De este modo el laudo debe contener una decisión sobre cada una de las pretensiones y las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, y sobre los demás asuntos que establece la ley. Por consiguiente, no es procedente que el Tribunal se pronuncie sobre otros aspectos.

Ahora bien como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia (providencia del 10 de julio de 1997 Ref.: Expediente No. 6572, reiterada en sentencia del 31 de mayo de 2006 Ref.: Exp. No.11001 3103 001 1997 00004 01) la denominación de excepciones se circunscribe *"a aquellos casos en que el demandado alega hechos distintos, de carácter impeditivo o extintivo, encaminados a enervar las pretensiones del actor; al paso que entiende por defensa, la actitud del encausado que se restringe a la mera negación de los hechos y del derecho alegado en la demanda"*. (se subraya)

Desde este punto de vista debe observarse que las pretensiones de la demanda no se dirigen a que se declare que la sociedad concesionaria no obtuvo el cierre financiero, o a retrotraer el mismo, sino a que se declare el incumplimiento de otras obligaciones y al pago de los perjuicios causados por tales incumplimientos.

Lo anterior sin perjuicio de señalar que para acreditar el cumplimiento del cierre financiero se aportaron al expediente diversos documentos incluyendo un reglamento para el crédito sindicado suscrito por Bancolombia y Banco Colpatria, en el cual se señala que dichas entidades han aprobado su participación en el crédito sindicado a favor de la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. por 100.000.000.000 y un contrato de underwriting en firme con Interbolsa

por $50.000.000.000[311]. Así mismo, una comunicación del subgerente de gestión contractual del INCO en la cual expresó que se había acreditado el cierre financiero por $150.000.000.000 valor superior a $145.164.968.853,06 que era el requerido[312].

De igual manera, no procede pronunciarse sobre la excepción de mala fe procesal, pues ella alude simplemente al tono de la demandante en reconvención y afirma que pretende distraer la atención, cuando lo que encuentra el Tribunal son pretensiones correctamente fundadas contra las cuales el demandado puede invocar las excepciones que estime procedentes.

G. OBLIGACIÓN DE FONDEAR LA SUBCUENTA DE PREDIOS DEL PROYECTO.

i. Posición de la parte demandante en reconvención.

En la demanda de reconvención reformada se incluye sobre este tema las siguientes pretensiones:

> ***"TRIGÉSIMA PRINCIPAL.*** *Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con su obligación de aportar el valor de VEINTITRÉS MIL CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIETOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($23.136'713.459,oo) de octubre de 2009 a la Subcuenta de Predios, en los términos del numeral 4° de la cláusula primera del Adicional No. 1, en concordancia con lo establecido en la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004.*
>
> ***TRIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL.*** *Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal ordene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. el pago de dicho valor actualizado a la tasa pactada en el modelo financiero del Adicional No. 1 con el fin de restablecer el equilibrio económico del mismo.*
>
> ***TRIGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL.*** *Con base en la declaración trigésima y trigésima primera principales, que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a favor de la Entidad que represento, los intereses de mora calculados a la tasa más alta permitida por*

[311] Cuaderno de pruebas No 7, folios 226 a 243.
[312] Cuaderno de Pruebas No 7, folio 254.

la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio.

Para el pago de estos intereses, habrán de calcularse sobre el valor de VEINTITRÉS MIL CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($ 23.136'713.459,oo) de octubre de 2009 y a partir de la fecha en que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tuvo que haber situado dicho valor en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso que administra los recursos del Proyecto Vial Bogotá Girardot, hasta que realice su pago efectivo a favor de la Entidad que represento.

***Primera Subsidiaria.** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión vigésima octava principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, calculados desde la fecha en que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tuvo que haber situado dicho valor en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso que administra los recursos del Proyecto Vial Bogotá Girardot, hasta que realice su pago efectivo a favor de la Entidad que represento."*

El demandante en reconvención fundamenta las pretensiones transcritas como se resume a continuación.

Mediante Documento CONPES 3535 de 2008 se declaró de importancia estratégica para el transporte vial el proyecto Bosa-Granada-Girardot. Por virtud de esa declaración se autorizaron recursos adicionales para dicho proyecto a través de vigencias futuras, con el objeto de ampliar el alcance de las obras pactadas en el Contrato GG-040-2004 y sus otrosíes, y de proveer recursos para la adquisición de predios en dicho proyecto.

Con el fin de precisar la ampliación del alcance de las obras y de disponer de los nuevos recursos autorizados para el Proyecto, las partes celebraron el 21 de enero de 2010 el Adicional 1 al Contrato de Concesión, que tiene su propia modelación financiera. Por virtud del mencionado adicional el Concesionario se obligó a aportar la suma de $23.136.713.459 de octubre de 2009, equivalentes a $16.111.322.186 de diciembre de 2002, suma que podía destinarse a la adquisición de predios requeridos para la ejecución del Contrato. El aporte de que se habla tenía como finalidad producir el equilibrio de la modelación financiera, referida al *"WACC (Weighted Average Cost of Capital) real"* que se había acordado en 9.13% como remuneratoria por la ejecución del Adicional. Lo anterior, sin perjuicio de que se pudiera destinar parte de los referidos recursos a la adquisición de predios.

El numeral 4º de la cláusula 1ª del Adicional 1 autorizó al INCO para reembolsar al Concesionario los aportes hechos por este por encima de los montos establecidos en las cláusula 37, numerales 37.6 y 37.17 del Contrato, con cargo a los recursos remanentes de las vigencias autorizadas por el Documento CONPES 3535 de 2008. La cantidad a reembolsar ascendía a $23.136.713.459 de octubre de 2009, equivalente a $16.111.322.186 de diciembre de 2002 y su reembolso debía efectuarse con arreglo a la modelación financiera del Adicional.

El aporte lo debía hacer el Concesionario en enero de 2010, el mismo mes en que se había suscrito el Adicional No. 1, y el incumplimiento afectaba la modelación financiera del Adicional, pues el WACC de que se hablado subía a 23.83%. El Concesionario efectuó un aporte de $4.237.749.330 de octubre de 2009, equivalente a $2.950.969.891 de diciembre de 2002. *"Lo anterior, sin considerar que el Concesionario financió el cumplimiento de esta obligación de manera tardía e incompleta con los recursos que mi representada le desembolsó bajo el concepto de un reintegro por una financiación que a la postre el Concesionario NUNCA prestó".* Este aporte del Concesionario –parcial como acaba de anotarse- rebajó el WACC a 21.07%, todavía superior en once puntos porcentuales al pactado inicialmente en el Adicional.

De lo anterior deduce el demandante en reconvención que el Concesionario está obteniendo un beneficio indebido que ha afectado el equilibrio previsto en la modelación financiera, el cual solo se restablecería con el aporte de $25.358.039.096 de diciembre de 2011, equivalentes a $16.271.962.798.oo de diciembre de 2002.

Concluye el demandante en reconvención diciendo que en vista de que el Concesionario incumplió una obligación de pagar una suma de dinero, se causó *"la respectiva mora como resarcitoria de los perjuicios originados en tal incumplimiento, estimados para la fecha de presentación del presente escrito en la suma de... $8.793.250.521 corrientes".*

ii. Posición de la parte demandada en reconvención.

Debe recordarse a este respecto que el Concesionario no contestó oportunamente la demanda de reconvención reformada, según lo declaró en su momento el Tribunal y por tanto debe tenerse como no contestada. Además, se observa que ni en la contestación a la demanda de reconvención inicial ni en el alegato de conclusión la parte demandada en reconvención se ocupa del tema que analiza el Tribunal. Procede entonces el Tribunal a exponer sus consideraciones.

iii. Consideraciones del Tribunal.

El considerando 11 del Adicional No. 1 de 21 de enero de 2010 reza:

> *"Que conforme con lo establecido en la cláusula 37 del contrato, en la actualidad se requiere la financiación por parte del concesionario, prevista en el numeral 37.6 para la adquisición de los predios faltantes para la ejecución del proyecto, para lo cual, descontados los recursos asignados para las intersecciones a desnivel (San Mateo y Terreros), mayor valor de la variante Melgar, compensaciones a Mindefensa y mejoras geométricas entre Boquerón y Melgar, se dispondría de un remanente de $ $ $23.136.713.459 [sic] de octubre de 2009, equivalente a $16.111.322.186 de diciembre de 2002, que pueden ser utilizados para la adquisición de predios requeridos por el proyecto para la ejecución de las obras."*

Y el numeral 4 de la cláusula 1ª del mismo adicional dice a la letra:

> *"4. En cumplimiento de lo estipulado en la cláusula 37 del contrato de concesión, el INCO reembolsará al Concesionario, el valor de los aportes que excedan los montos establecidos en los numerales 37.6 y 37.17 de la misma cláusula, con cargo a los recursos remanentes de las vigencias autorizadas del documento CONPES 3535 de 2008, para una compensación que en valor presente neto equivale a VEINTITRES MIL CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE ($COP23.136.713.459) de octubre de 2009, equivalentes de a dieciséis mil ciento once millones trescientos veintidós mil ciento ochenta y seis pesos ($COP 16.111.322.186) corrientes de diciembre de 2002. El reembolso al Concesionario se hará conforme al modelo financiero elaborado por la Subgerencia de Estructuración y Adjudicación."*

Es claro para el Tribunal que el Concesionario no suministró los recursos por valor de $23.136.713.459 de octubre de 2009 para la adquisición de los predios que exigía la ejecución de las obras contempladas en el Contrato. Esa obligación se consagraba en la cláusula 37 del Contrato para atender las adquisiciones prediales que excedieran de $36.000 millones de diciembre de 2002, tal como se ha analizado con anterioridad. Adicionalmente, el numeral 4° de la cláusula 1ª del Adicional No. 1 determinó que el reembolso que debía hacer el INCO al Concesionario de los recursos facilitados por este para los fines indicados, se haría con cargo a las vigencias futuras autorizadas por el Documento CONPES 3535 de 2008. Que el Concesionario hubiera pagado al Fideicomiso la suma indicada al comienzo del presente párrafo no fue probado. En cambio, sí lo fue el

fondeo del mencionado Fideicomiso por parte del INCO, en la cantidad que no facilitó el Concesionario[313].

El Tribunal observa que la pretensión relativa al pago del aporte por valor de $23.136.713.459 de octubre de 2009 a que estaba obligado el Concesionario de acuerdo con el numeral 4 de la cláusula 1 del Adicional No. 1 carece de sentido a estas alturas de la ejecución del Contrato. En efecto, con la suma indicada el Concesionario debía financiar la adquisición de predios por encima de $36.000 millones de diciembre de 2002, financiación que, como ya se indicó, no otorgó. La cantidad mencionada acabó siendo suministrada por el INCO para el fondeo del Fideicomiso *"con cargo a los recursos remanentes de las vigencias autorizadas del documento CONPES 3535 de 2008"*, lo que permitió atender los pagos requeridos por las adquisiciones prediales.

Ahora bien, como el INCO estaba obligado a reembolsar al Concesionario la sumas que este destinara a la adquisición de los predios necesarios para la ejecución de las obras pactadas en el Contrato, por encima de $36.000 millones de diciembre de 2002, en el caso que se analiza el INCO no hizo ningún reembolso -pues no procedía hacerlo- sino que directamente fondeó el Fideicomiso en la suma indicada, con el producto de las vigencias futuras autorizadas al efecto por el Documento CONPES 3535 de 2008.

Para el Tribunal la obligación de financiar la suma de $23.136.713.459 de octubre de 2009 para adquisición de predios por encima de 36.000 millones de diciembre de 2, prevista en el numeral 4 de la cláusula 1 del Adicional No. 1, dejó de existir o por lo menos perdió su exigibilidad, tan pronto como se produjo el fondeo por la cantidad indicada del Fideicomiso por parte del INCO. En estas condiciones, una condena al Concesionario para que financie ex post facto la suma de $23.136.713.459 de octubre de 2009, la cual, a su vez, le debería ser reembolsada por el INCO, carece de sentido, de acuerdo con la normativa contractual.

En vista de lo anterior, tampoco se encuentra viable ordenar a la demandada en reconvención el pago de intereses a la demandante en reconvención por no haber otorgado aquélla la financiación a que estaba obligada, pues la pretensión trigésima segunda de la demanda de reconvención reformada se fundamenta *" en la declaración trigésima y trigésima primera principales"*, de las cuales la segunda no es procedente, como se ha dejado explicado. Tampoco proceden las pretensiones subsidiarias por la misma razón. Es pertinente agregar que en

[313] Dictamen financiero de Julio Villarreal. Expediente del Segundo Tribunal de la CABG vs. ANI, folio 67 del Cuaderno de Pruebas No. 25. Prueba Trasladada.

dichas pretensiones subsidiarias existe un error evidente de referencia pues en ellas se solicita una condena para el evento de "no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión vigésima sexta principal,...". Ahora bien, la pretensión vigésima sexta principal no se refiere a intereses, sino a la indexación de las tarifas del peaje. Así las cosas entiende el Tribunal que la referencia debe entonces alusiva a la pretensión vigésima novena principal que antecede a las subsidiarias.

iv. Conclusión del Tribunal

De acuerdo con lo expuesto, prosperará la pretensión trigésima de la demanda de reconvención reformada, y no lo harán la trigésima primera, la trigésima segunda y la primera subsidiaria de la trigésima segunda principal de dicha demanda de reconvención reformada.

H. CONVENIO DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL ENTRE EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-MINDEFENSA- Y EL INCO - TRAYECTO 9 DEL PROYECTO

i. Posición de la parte demandante en reconvención.

En la demanda de reconvención reformada se incluyen sobre este tema las siguientes pretensiones:

> ***"OCTAVA PRINCIPAL.*** *Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió el compromiso de pago para la adquisición de las fajas de terreno de propiedad del Ministerio de Defensa, en los términos del Adicional No. 1, en concordancia con lo establecido en las cláusulas 37 y 61 del Contrato de Concesión GG-040-2004.*
>
> ***"NOVENA PRINCIPAL.*** *Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a favor de la Entidad que represento, los intereses de mora calculados a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio. Para el pago de estos intereses, habrán de calcularse sobre el valor de CATORCE MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($14.700'000.000) de enero de 2010*[314] *y desde la fecha en que la*

[314] Mes y año en el que se suscribió el Adicional No. 1 al Contrato de Concesión GG-040-2004.

Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tuvo que haber situado dicho valor en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso que administra los recursos del Proyecto Vial Bogotá Girardot, hasta que realice su pago efectivo a favor de la Entidad que represento.

Primera Subsidiaria. *En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión novena principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, calculados desde la fecha en que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tuvo que haber situado dicho valor en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso que administra los recursos del Proyecto Vial Bogotá Girardot, hasta que realice su pago efectivo a favor de la Entidad que represento.*

DÉCIMA PRINCIPAL. *Con base en la declaración que efectúe el H. Tribunal a la pretensión octava principal, se condene además a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente a la Entidad que presento, liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo."*

El demandante en reconvención fundamenta sus peticiones como se indica a continuación.

Después de recordar que *"las fajas de terreno necesarias para acometer las obras de la Variante Melgar fueron entregadas a la Concesión Bogotá Girardot S.A. por el Ministerio de Defensa Nacional, el día 17 de marzo de 2005"*, afirma, con base en la cláusula 61 del Contrato y en el Convenio de Cooperación Interinstitucional celebrado el 12 de febrero de 2009 entre el INCO, la Nación-Ministerio de Defensa y la Autopista Bogotá Girardot S.A., que el Concesionario debía pagar a la Nación-Ministerio de Defensa la suma $14.700'000.000 *"dentro de los sesenta (60) días siguientes al perfeccionamiento de dicho convenio"*, lo cual se produjo el mismo día de su suscripción. Y agrega que el Concesionario no cumplió con su obligación de pagar a la Nación-Ministerio de Defensa la suma prevista en el mencionado Convenio Interinstitucional.

Afirma también el demandante en reconvención que el 21 de enero de 2010 las partes suscribieron el Adicional No. 1 al Contrato de Concesión. De acuerdo con el considerando 6 y el inciso 2° del numeral 1 de la cláusula 1 del mencionado adicional, el INCO se obligó a reembolsar al Concesionario con cargo a la vigencia del año 2010 hasta la suma de $19.156 millones autorizada por el Documento CONPES 3535, equivalente a la financiación que dicho

concesionario se había obligado a otorgar para la compra de los lotes del Ministerio de Defensa.

Pero como el Concesionario no otorgó la dicha financiación, el pago lo efectuó el INCO con cargo a la vigencia atrás indicada, a través de la Subcuenta Principal del Fideicomiso. Así se pudo al fin otorgar la escritura pública de compraventa de los inmuebles de Mindefensa necesarios para la ejecución del Trayecto 9 del Proyecto Bosa-Granada-Girardot, los cuales, como se dijo al comienzo habían sido entregados por el Ministerio de Defensa Nacional desde marzo de 2005.

Concluye el demandante en reconvención diciendo que por el incumplimiento del Concesionario de su obligación de financiar la compra de los predios de Mindefensa se causó *"una mora... desde el momento en que adquirió la obligación hasta la fecha en que se efectuó el respectivo pago..."* por parte del INCO.

ii. Posición de la parte demandada en reconvención.

En la contestación de la demanda de reconvención inicial –ésta sí presentada oportunamente- la demandada en reconvención sostiene que el INCO incumplió el Contrato de Concesión, en cuanto no celebró el convenio interadministrativo dentro del plazo fijado al efecto. Agrega que mediante los otrosíes Nos. 2, 3, 5, 6, 9, 10 y 13 se ampliaron los plazos para la celebración del mencionado convenio interadministrativo *"por causas exclusivamente imputables al Instituto Nacional de Concesiones"*. Y afirma que los terrenos necesarios para la ejecución de los trayectos 9 y 10 del Proyecto no fueron entregados al Concesionario el 17 de marzo de 2004, sino al INCO, aunque admite que la Nación-Ministerio de Defensa autorizó el inició de las obras a partir de la fecha indicada.

De otra parte, la demandada en reconvención pone de presente que *"a la fecha ya se pagaron los COP$14.700.000.000 inicialmente previstos y actualmente el predio fue escriturado..."*. Y también pone de presente que *"No existió ningún perjuicio, debido a que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., tal y como lo demuestra la Escritura 832 de 2011, pagó al Ministerio de Defensa la totalidad del costo de los terrenos... y no se ha causado ningún inconveniente de movilidad de usuarios..."* En su concepto lo que ha dilatado la ejecución del Contrato es *"la actitud del INCO que se demoró 3 años para firmar el convenio, sin considerar que contractualmente tenía 4 meses para hacerlo."*

iii. Consideraciones del Tribunal

La cláusula 61 del Contrato de Concesión GG-040-2004 dispone:

CLÁUSULA 61. MANEJO DEL TRAYECTO 9.

"A más tardar el cuarto mes contado a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, el INCO procurará suscribir un Convenio Interadministrativo con el Ministerio de Defensa con el fin de disponer de los predios necesarios para ejecutar las Obras de Construcción de la Variante Melgar en el Trayecto 9, entre el PR (29+100) y el PR (25+600).

"En caso en que en dicho Convenio Interadministrativo se incluya la obligación a cargo del INCO de realizar ciertas obras y/o ejecutar ciertas actividades a cambio de la cesión de los predios necesarios para ejecutar las Obras de Construcción de la Variante Melgar, las partes de común acuerdo determinarán los costos de dichas obras y/o actividades. En caso de desacuerdo sobre estos costos, las partes acudirán al Amigable Componedor, en los términos previstos en la CLÁUSULA 60 del presente Contrato.

"Las obras y/o actividades definidas en el Convenio Interadministrativo celebrado entre el INCO y el Ministerio de Defensa serán ejecutadas por el Concesionario, siempre y cuando el valor de las mismas no supere la suma de Dos Mil Millones de Pesos (COP$2,000,000,000) de Diciembre de 2002, o siempre que, siendo esos costos superiores a dicho valor, el INCO se comprometa a pagar al Concesionario la diferencia, mediante el mecanismo de Obras Complementarias, previa la obtención de las disponibilidades presupuestales que correspondan.

"Si el Convenio Interadministrativo no llegare a suscribirse al vencimiento del término previsto en el inciso primero de esta CLÁUSULA, o si - en el evento en que el costo de las obras y/o actividades sea superior a Dos Mil Millones de Pesos (COP $2,000,000,000) de Diciembre de 2002 – el INCO no cuenta con los recursos presupuestales necesarios para asumir la diferencia, y de cualquiera de tales hechos se desprende la imposibilidad de contar con los predios requeridos, el Concesionario no construirá las Obras de Construcción de la Variante Melgar en el Trayecto 9, entre el PR (29+100) y el PR (25+600) y se disminuirá el Ingreso Esperado en Sesenta Mil Millones de Pesos (COP$60,000,000,000) de diciembre de 2002."

El 12 de febrero de 2009 se celebró entre el INCO, la Nación-Ministerio de Defensa Nacional y la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. el Convenio de Colaboración Institucional, cuyas cláusulas 5 y 7 son del siguiente tenor:

"QUINTA.- OBLIGACIONES DE LAS PARTES. "... POR PARTE DEL INCO:...2. Efectuar, por intermedio del CONCESIONARIO, los pagos correspondientes a los compromisos adquiridos en el presente convenio con

cargo al fideicomiso de gestión predial del contrato de concesión No. GG-040-2004. 3. Suscribir con MINDEFENSA, a través del CONCESIONARIO, las escrituras públicas para la adquisición de las franjas requeridas para la ejecución del proyecto hasta verificar la transferencia real y material a favor del INCO..."

"SÉPTIMA.- FORMA DE PAGO. Conforme lo establecida en la cláusula 37.6 del contrato de concesión No. GG-040-2004, el CONCESIONARIO proveerá los recursos para el pago de la suma correspondiente a Catorce Mil Setecientos Millones de Pesos ($14.700.000.000.oo) dentro de los 60 días siguientes al perfeccionamiento del presente documento y procederá al desembolso previo trámite de la orden de pago."

El 21 de enero de 2010 se firmó el Adicional No. 1 al Contrato de Concesión GG-040-2004, cuya cláusula primera en su numeral 1 dispone:

"CLÁUSULA PRIMERA.

"(...)

"1. En cumplimiento de lo estipulado en el convenio de cooperación interinstitucional suscrito el 12 de febrero de 2009 con La Nación-Ministerio de Defensa Nacional, en concordancia con lo estipulado en las cláusulas 37 y 61 del contrato de concesión GG-040-2004, el concesionario cancelará a dicho ministerio la suma de CATORCE MIL SETECIENTOS MILLONES ($14.700.000.000) DE PESOS corrientes, por concepto del saldo de la compensación por predios y obras de mitigación de los efectos que genere la construcción de la variante de Melgar en el funcionamiento de Unidades Militares.

"El INCO reembolsará al concesionario el valor equivalente, con cargo a la vigencia de 2010, de acuerdo con la modelación financiera a más tardar en diciembre de dicho año.

(...)"

Los textos que se acaban de transcribir permiten al Tribunal dejar establecido con toda claridad lo siguiente:

- La obligación del INCO a que se refiere la cláusula 61 del Contrato es de las que denominan la doctrina y la jurisprudencia obligaciones de medio, dada la forma gramatical que utiliza la cláusula referida. Las obligaciones de medio se caracterizan precisamente porque el sujeto no se obliga a obtener un resultado determinado sino a desplegar una actividad dirigida a

la obtención de dicho resultado, mientras que en las obligaciones de resultado el sujeto lo debe obtener y no simplemente buscarlo.

Pero es más: el término para la celebración del convenio interadministrativo entre el INCO y el Ministerio de Defensa Nacional fue prorrogado en 6 ocasiones a través de los siguientes otrosíes: No. 2 de 22 de diciembre de 2004, No. 3 de 31 de marzo de 2005, No. 5 de 24 junio de 2005, No. 9 de 26 de septiembre de 2005, No. 10 de 30 de marzo de 2006 y No. 13 de 29 de septiembre de 2006. Y todos esos otrosíes, casi sobra decirlo, se celebraron entre el INCO y la compañía Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., lo que quiere decir, como es obvio, que el Concesionario consintió en todas esas ampliaciones del plazo.

No se entiende entonces cómo puede alegarse ahora que la convocada incumplió su obligación de celebrar el convenio interadministrativo de que se ha venido hablando.

- Es claro para el Tribunal que de acuerdo con la cláusula 5 del Convenio de Colaboración Institucional, el INCO se obligó a pagar a Mindefensa las sumas pactadas en tal convenio por intermedio del Concesionario, quien era parte del contrato interadministrativo. Y también es claro que de acuerdo con la cláusula 7 del mismo convenio, el Concesionario estaba obligado a proveer los recursos para hacer el pago contemplado en la cláusula 5, hasta la cantidad de $14.700.000.000, con sujeción a lo dispuesto en el numeral 37.6 de la cláusula 37 del Contrato.

  Que la provisión de recursos a que estaba obligado el Concesionario debiera hacerse de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 37.6 de la cláusula 37 del Contrato quiere decir que la convocante debía suministrar los recursos y el INCO se comprometía a reembolsárselos en un plazo de 18 meses y con unos intereses de la DTF+7 o de mora según lo establecido en la cláusula 66 del Contrato, tal como ya lo ha explicado ampliamente el Tribunal.

  Que el Concesionario no cumplió con su obligación de financiar la suma indicada anteriormente, además de que no se probó que la hubiera pagado, se deduce claramente de la comunicación CABG-GR-1540 de 27 de mayo de 2011, dirigida por la Concesión a la Fiduciaria de Occidente S.A., y de la respuesta de esta mediante comunicación FO-DGN-MC-/2011 de 27 de mayo de 2011. Ambas se transcriben a continuación en lo pertinente.

Dice la primera:

> *"(...)*
>
> *"Nos permitimos informar que el día hoy o en los próximos días se recibirán en la Subcuenta Principal del fideicomiso 3-4-13-18 Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. por parte del INCO la suma de $14.700 millones de pesos, de acuerdo con lo establecido en el Adicional No. 1 al Contrato de Concesión GG-040-2004 y cuya destinación exclusiva es el pago de los predios del Ministerio de Defensa en la Variante de Melgar.*
>
> *"(...)"*

Y dice la segunda:

> *"(...)*
>
> *"De manera atenta nos permitimos informar que hemos recibido instrucción irrevocable de nuestro fideicomitente Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., respecto que los recursos por valor de $14.700 millones pendientes de giro por parte del INCO en desarrollo del Adicional 1 al contrato de concesión GG-040-2004 Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot sean destinados única y exclusivamente para el pago de los predios del Ministerio de Defensa en la Variante Melgar.*
>
> *"Por lo anterior, la Fiduciaria de Occidente como vocera y administradora del fideicomiso No. 34-1318 Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., una vez reciba los recursos enunciados anteriormente en la cuenta del Adicional 1 abierta en la Subcuenta Principal realizará el traslado de los mismos a la Subcuenta de Predios y con destino al pago de los predios del Ministerio de Defensa en la Variante Melgar.*
>
> *"(...)"*

Y que el pago lo hizo el INCO se deduce en primer lugar de la escritura pública No. 832 de 19 de mayo de 2011 de la Notaría 59 de Bogotá, mediante la cual se solemnizó el contrato de compraventa entre el INCO, representado en ese acto por la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., y el Ministerio de Defensa Nacional, relativo a los predios de propiedad de este; y en segundo lugar del texto del Acta No. 77 de la reunión del Comité Fiduciario del Fideicomiso celebrada el 1 de julio de

2011[315]. El pago lo realizó el Fideicomiso a través de la Subcuenta Predios el 27 de los mismos mes y año, una vez que el INCO fondeó los recursos.

Resta por analizar la petición del demandante en reconvención de que se condene al Concesionario a pagar a la convocada intereses de mora *"calculados a la tasa más alta permitida por la ley colombiana"* sobre la suma de $14.700 millones de enero de 2010 que el Concesionario se abstuvo de financiar estando obligado a hacerlo, *"y desde la fecha en que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tuvo que haber situado dicho valor en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso... hasta que realice su pago efectivo a favor de la Entidad que represento".*

Sobre este asunto el Tribunal observa en primer lugar que no está probado el perjuicio supuestamente causado por el incumplimiento por parte del Concesionario de su obligación de suministrar los recursos para el pago del precio de los predios de propiedad del Ministerio de Defensa Nacional requeridos para la rehabilitación y construcción del Trayecto 9, lo cual resulta intrascendente para los efectos que se analizan (artículo 1617 del Código Civil). Y observa en segundo lugar el Tribunal que sí es trascedente para los efectos que se analizan el hecho de que ni al INCO ni al Fideicomiso se les haya exigido el pago de intereses moratorios por parte del Ministerio de Defensa; se limitó el primero a pagar al segundo el precio de la compraventa de los lotes de propiedad de dicho ministerio. Por lo demás, no debe olvidarse que el obligado a pagar el precio de tales lotes era el INCO, quien, con la aquiescencia del Concesionario, se comprometió a hacer dicho pago a través de este, es decir, con fondos de la Subcuenta Predios del Fideicomiso, como finalmente se verificó.

Finalmente, no sobra poner de presente que la mora se produjo con relación al vendedor de los inmuebles, es decir, el Ministerio de Defensa, o con relación al Fideicomiso. La obligación no era pagar al INCO la suma indicada, sino pagar al Fideicomiso para que este, a su vez, pagara al Ministerio. Así las cosas, una condena al pago de intereses moratorios a la Concesión en favor del INCO carecería de fundamento.

iv. Conclusión

Con base en lo expuesto sobre este punto, el Tribunal acogerá la pretensión octava principal de la demanda de reconvención, pues está probado el incumplimiento del Concesionario de su obligación de financiar los recursos

[315] Pág. 6. Cuaderno de Pruebas No. 33, fl. 227, en CD.

requeridos para pagar al Ministerio de Defensa Nacional el precio de los predios de su propiedad necesarios para la ejecución del Contrato en el Trayecto 9. La novena principal y la primera subsidiaria de la novena principal no prosperarán, ya que, habiéndose producido la mora con relación al Ministerio de Defensa o al Fideicomiso en cuanto al pago del precio de los inmuebles de aquél, y no habiendo exigido ninguno los dos el pago de intereses moratorios, la condena solicitada carecería de fundamento. Y como consecuencia de lo anterior, la décima principal tampoco prosperará, pues no habrá lugar a condena por intereses moratorios.

I. CONSTRUCCIÓN DE PUENTES PEATONALES Y PARADEROS

i. El marco de la controversia

En la demanda de reconvención reformada, la entidad pública formuló la pretensión vigésima novena principal y dos subsidiarias a la misma, solicitando el pago de una suma de dinero a favor suyo por la no construcción de unos puentes peatonales y de sus respectivos paraderos, así:

> *"VIGÉCIMA (SIC) NOVENA PRINCIPAL. Que el H. Tribunal ordene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. el pago por valor de CUATRO MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($4.050.000.000,oo) de diciembre de 2002 por la no construcción de los puentes peatonales y correspondientes paraderos contratados en el alcance básico del Contrato de Concesión No. GG-040-2004, en los plazos máximos previstos para ello, junto con los intereses de mora calculados a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la fecha en que debió efectuar el respectivo traslado en los términos de los numerales 3.1.1.7 y 3.1.1.8 del Apéndice 2 del Contrato, hasta la fecha de su efectivo pago a la Entidad que represento.*
>
> *"Primera Subsidiaria. En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión vigésima sexta (sic) principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993.*
>
> *"Segunda Subsidiaria. En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión primera subsidiaria de la vigésima sexta (sic) principal, que el valor a pagar se actualice con base en el IPC."*

ii. La posición de la entidad pública demandante en reconvención

En sustento de la pretensión vigésima novena principal, la entidad pública señaló en su demanda de reconvención reformada que de acuerdo con lo estipulado en el Apéndice No. 2 –en lo referido a las obras del alcance básico del contrato–, era obligación de la sociedad concesionaria construir oportunamente los puentes peatonales y los correspondientes paraderos en las poblaciones o pasos urbanos ubicados en los trayectos del proyecto.

De manera concreta, conforme a los numerales 3.1.1.7 y 3.1.1.8 del Apéndice No. 2, la demandante en reconvención aduce que la concesionaria debía construir y mantener en funcionamiento los puentes peatonales y los paraderos correspondientes definidos en el numeral 4 de dicho Apéndice, cuya ubicación debía concertarse con las alcaldías respetivas o con las autoridades municipales competentes, teniendo en cuenta para ello los planes locales de manejo del espacio público y el plan de desarrollo de cada municipio.

Ahora bien, de llegar a presentarse el caso en que la construcción de los mencionados puentes peatonales y de los paraderos implicara necesariamente la reubicación de redes de servicios públicos o la adquisición de predios, la obligación de construcción de los mismos por parte de la concesionaria quedaba sujeta al cumplimiento de cualquiera de las siguientes condiciones: *de un lado*, a que se concertara con las autoridades municipales la definición de otro sitio para la construcción del puente peatonal o del paradero o la ejecución de otra alternativa que no implicara la reubicación de redes o la adquisición de predios o, *de otra parte*, a que el municipio, la empresa de servicios públicos correspondiente o cualquier otra entidad municipal o departamental asumieran los costos relacionados estrictamente con la reubicación de las redes o la adquisición de los predios.

De no cumplirse alguna de las dos condiciones en mención, la sociedad concesionaria no estaba en la obligación de construir el puente peatonal ni el paradero correspondiente, pero, en todo caso, "*... dentro de los veinte (20) Días siguientes al vencimiento del plazo para llevar a cabo las obras de construcción del respectivo Trayecto, en la Subcuenta de Excedentes del INCO prevista en el Contrato de Concesión*", debía consignar un valor de $270'000.000 de 2002, como equivalente por la no construcción de cada uno de los puentes peatonales o de los respectivos paraderos.

Bajo este entendimiento, el apoderado judicial de la entidad pública indica que la concesionaria no construyó los siguientes puentes peatonales y paraderos:

- Trayecto 6, comprendido entre Silvania (PR79+350) y Fusagasugá (PR71+150): Dos (2) puentes peatonales y cuatro (4) paraderos.

- Trayecto 7, comprendido entre Chinauta (PR52+450) y Boquerón (PR42+750): Tres (3) puentes peatonales y seis (6) paraderos.

La demandante en reconvención indica en este sentido que, "*... los plazos de los Trayectos 6 y 7 del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot finalizaron el pasado 20 y 17 de octubre de 2011, respectivamente, sin que el Concesionario haya efectuado las obras para puentes peatonales y sus paraderos correlativos en los términos del Apéndice 2 del Contrato de Concesión No. GG-040-2004*".

En consecuencia, la concesionaria tenía la obligación de consignar durante los veinte (20) días siguientes a las fechas anteriormente indicadas la suma correspondiente al valor de todos y cada uno de los puentes peatonales y de los paraderos que no fueron construidos, vale decir, un valor de $270'000.000 de diciembre de 2002 por cada uno de los puentes peatonales y de los paraderos que no fueron construidos en los trayectos 6 y 7.

Sin embargo, pese a que la entidad pública solicitó a la concesionaria que reembolsara o reintegrara los mencionados valores mediante oficio No. 2011-305-016371 de veintitrés (23) de noviembre de 2011, a la fecha de presentación de su demanda no se habían efectuado aún los pagos correspondientes.

iii. La posición de la parte demandada en reconvención

Recordando que la sociedad concesionaria no contestó oportunamente la demanda de reconvención reformada, circunstancia que fue declarada en su momento por el Tribunal, es preciso considerar que los argumentos expuestos en dicho escrito no pueden ser tenidos en cuenta en esta etapa del proceso, precisando al respecto que tampoco podrá adoptarse decisión alguna sobre las eventuales excepciones de mérito que allí se hubieren formulado en materia de puentes peatonales y paraderos.

Ahora bien, en cuanto al contenido de la contestación que se presentó en su momento frente a la demanda de reconvención inicial, el Tribunal encuentra que en el mismo no se hizo referencia alguna al asunto en cuestión, debido a que en la demanda de reconvención original no se propuso pretensión alguna que tuviere relación con los puentes peatonales y con los paraderos.

iv. Consideraciones sobre la construcción de los puentes peatonales y de los paraderos del proyecto vial Bosa-Granada-Girardot

El Apéndice No. 2 del contrato de concesión No. GG-040-2014, contentivo de las "*Especificaciones Técnicas de Construcción*"[316], se ocupó específicamente de regular lo concerniente a la construcción de los puentes peatonales y de los paraderos que se contemplaron en el marco del proyecto, definiendo al respecto las condiciones técnicas y financieras que debían cumplirse para la correcta ejecución de estas obras.

Este documento contractual estableció en sus numerales 3.1.1.7 y 3.1.1.8 que era obligación de la sociedad concesionaria construir y mantener la infraestructura correspondiente a los puentes peatonales y a los respectivos paraderos que fueron contemplados en el alcance básico de la concesión, precisando asimismo que la ubicación de cada uno de ellos debía concertarse con las autoridades municipales correspondientes, para lo cual se tomaría en cuenta lo dispuesto en los respectivos planes locales de manejo del espacio público, así como el plan de desarrollo de cada municipio.

En los mencionados numerales se dispuso también que, si al definirse la ubicación de un determinado puente peatonal o de un paradero en particular llegare a constatarse que su construcción implicaba necesariamente la reubicación de redes de servicios públicos o la adquisición de predios, la ejecución de tal obra quedaba sujeta o condicionada a la verificación de alguna de las siguientes circunstancias: *primera*, que lograra concertarse con la autoridad municipal competente un sitio distinto para la ubicación del puente peatonal o del paradero correspondiente o que se concretara cualquier otra alternativa que no implicara la reubicación de redes de servicios públicos ni la adquisición de predios y, *segunda*, que el municipio correspondiente, la empresa de servicios públicos o cualquier otra autoridad del orden municipal o departamental asumiera los costos de la reubicación de las redes o de los predios que debieran adquirirse para la construcción del respectivo puente peatonal o del paradero.

De esta forma, si no se cumplía alguna de las mencionadas condiciones, la sociedad concesionaria no estaba obligada a construir el puente peatonal o el paradero correspondiente, habida cuenta que dicha obra implicaba necesariamente el traslado de redes de servicios públicos o la compra de predios; sin embargo, fue claro el Apéndice No. 2 en señalar que, de no poderse llevar a cabo la construcción de un puente peatonal o de un paradero por esta

[316] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folios 946 a 997.

especial circunstancia, surgía la obligación para la sociedad concesionaria de consignar en la Subcuenta de Excedentes del INCO una suma equivalente de $270'000.000 de 2002 como compensación por la no construcción del respectivo puente peatonal o del paradero en particular, pago que debía efectuarse durante los veinte (20) días siguientes al vencimiento del plazo contemplado contractualmente para la ejecución de las obras del trayecto correspondiente.

Concretamente, el numeral 3.1.1.7 del mencionado Apéndice No. 2, al referirse a la construcción de puentes peatonales, estableció de manera expresa lo siguiente:

> *"3.1.1.7. Construcción de Puentes Peatonales*
>
> *"El Concesionario deberá construir y mantener en funcionamiento como mínimo los puentes peatonales que se definen en el presente documento, en las poblaciones o pasos urbanos de cada Trayecto.*
>
> *"El Concesionario deberá concertar con las respectivas alcaldías, así como con las autoridades municipales competentes de cada Municipio, la ubicación de los puentes peatonales, señalados en el numeral 4 del presente Apéndice, teniendo en cuenta para ello los planes locales de manejo del espacio público y el plan de desarrollo de cada Municipio.*
>
> *"No obstante lo previsto en el párrafo anterior, cuando la definición del sitio preciso donde deba construirse un determinado puente peatonal implique necesariamente la reubicación de redes de servicios públicos o la adquisición de predios, la obligación del Concesionario de construir el puente correspondiente estará sujeta al cumplimiento de cualquiera de las siguientes condiciones: i) que se concerté con las autoridades municipales la definición de otro sitio para la construcción del puente peatonal o cualquier otra alternativa que no implique la reubicación de redes de servicios públicos y/o la adquisición de predios, o ii) que el Municipio, la empresa de servicios públicos correspondiente o cualquier otra entidad del orden municipal o departamental asuman los costos relacionados estrictamente con la reubicación de las redes y/o la adquisición de predios. De no cumplirse ninguna de esas condiciones, el Concesionario no estará obligado a realizar la construcción del puente peatonal correspondiente, aunque, en tal caso, el Concesionario deberá consignar, dentro de los veinte (20) Días siguientes al vencimiento del plazo para llevar a cabo las obras de construcción del respectivo Trayecto, en la Subcuenta de Excedentes del INCO prevista en el Contrato de Concesión, un valor de Doscientos Setenta millones de pesos de 2002 ($270.000.000), que para efectos del presente Contrato se tiene equivalente a las obras no realizadas.*
>
> *"Las especificaciones para el diseño y construcción de los puentes peatonales deben cumplir con lo establecido en el Código Colombiano de Diseño Sísmico*

de Puentes adoptado por el Ministerio de Transporte mediante Resolución No. 0003600 del 20 de Junio de 1.996, la Norma Sismo resistente NSR-98 contenida en la Ley 400 del 19 de Agosto de 1.997 y el Decreto 33 de 9 de Enero de 1.998, que adopta el Reglamento de Construcciones Sismorresistentes.

"La construcción y mantenimiento de los puentes peatonales deben cumplir con las normas NTC 4774 'Accesibilidad de las personas al medio físico – Cruces peatonales a nivel y elevados o puentes peatonales' y NTC 4695 'Accesibilidad al medio físico – Señalización para tráfico peatonal en espacios públicos urbanos'. Además debe cumplir como mínimo con las siguientes especificaciones:

"- Gálibo mínimo de 5 m. con trayectoria de circulación en forma de arco.

"- Las pilas de los puentes deberán construirse a una distancia mínima del borde de la berma de 0.90m."[317] –Destaca el Tribunal–

En similares términos, el numeral 3.1.1.8 del Apéndice No. 2 dispuso respecto de la construcción de los paraderos que se construirían en el corredor vial que:

"*3.1.1.8. Construcción de Paraderos*

"El Concesionario deberá construir y mantener en funcionamiento los paraderos definidos en las poblaciones de cada Trayecto, de conformidad con lo señalado en el presente Apéndice. La localización de cada uno de los paraderos, deberá ser concertado con las respectivas alcaldías, así como con las autoridades municipales competentes de cada Municipio, teniendo en cuenta para ello los planes locales de manejo del espacio público. El plan con la ubicación precisa de estos paraderos hará parte de los diseños del Concesionario.

"No obstante lo previsto en el párrafo anterior, cuando la definición del sitio preciso donde deba construirse un determinado paradero implique necesariamente la reubicación de redes de servicios públicos o la adquisición de predios, la obligación del Concesionario de construir el paradero correspondiente estará sujeta al cumplimiento de cualquiera de las siguientes condiciones: i) que se concerté con las autoridades municipales la definición de otro sitio para la construcción del puente peatonal o cualquier otra alternativa que no implique la reubicación de redes de servicios públicos y/o la adquisición de predios, o ii) que el Municipio, la empresa de servicios públicos correspondiente o cualquier otra entidad del orden municipal o departamental asuman los costos relacionados estrictamente con la reubicación de las redes y/o la adquisición de predios. De no cumplirse ninguna de esas condiciones, el

[317] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folios 964 y 965.

Concesionario no estará obligado a realizar la construcción del paradero peatonal correspondiente, aunque, en tal caso, el Concesionario deberá consignar, dentro de los veinte (20) Días siguientes al vencimiento del plazo para llevar a cabo las obras de construcción del respectivo Trayecto, en la Subcuenta de Excedentes del INCO prevista en el Contrato de Concesión, un valor de Doscientos Setenta millones de pesos de 2002 ($270.000.000), que para efectos del presente Contrato se tiene equivalente a las obras no realizadas.

"Las especificaciones para diseño y construcción deben cumplir con lo establecido en la Norma Sismo resistente NSR-98 contenida en la Ley 400 del 19 de Agosto de 1.997 y el Decreto 33 de 9 de Enero de 1.998, que adopta el Reglamento de Construcciones sismo resistente y las Especificaciones Generales de Construcción del INVIAS.

"Los paraderos cumplirán como mínimo con los siguientes parámetros:

"- El paradero será una estructura fija con un área mínima de 8m^2.
"- Estarán ubicados fuera de las calzadas, con sus correspondientes carriles de salida y retorno a la circulación de la vía, los cuales deben tener una longitud mínima de 30 m. y un ancho mínimo de 3.5 m.
"- La estructura del paradero debe ser lo más transparente posible, de manera tal que no se torne en una barrera arquitectónica del espacio público.
"- El paradero deberá estar provisto de bancas para facilitar la espera de los usuarios.
"- El paradero deberá estar debidamente iluminado durante las horas en que así lo requiera por falta de luz natural.
"- El paradero debe contar con información sobre las rutas de la región.
"- Los paraderos deben contemplarse con por lo menos un (1) teléfono y con por lo menos (1) una caneca.

"Estas obras deben atender las especificaciones de señalización establecidas en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento."[318] –Destaca el Tribunal–

Destacando la claridad de las citadas estipulaciones contractuales, las cuales definen el alcance y las condiciones de construcción de los puentes peatonales y de los paraderos contemplados en el Apéndice No. 2, es preciso recordar que según lo alegado por la demandante en reconvención, la sociedad concesionaria no construyó ni los puentes peatonales ni los paraderos que fueron definidos para los trayectos 6 y 7 del corredor vial y, por tanto, era obligación de la contratista efectuar el pago o realizar el reembolso de las sumas contempladas

[318] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folios 965 y 966.

en el contrato como equivalentes o compensatorias por cada uno de los puentes peatonales o de los paraderos que no fueron construidos.

A fin de resolver las pretensiones formuladas en este sentido, es menester para el Tribunal tener claridad en cuanto a los puentes peatonales y a los paraderos que se contemplaron en el Apéndice No. 2 para los trayectos identificados en la demanda de reconvención, con el propósito de establecer si los mismos fueron o no ejecutados por la sociedad concesionaria y definir en consecuencia si hay o no lugar al reconocimiento económico que pretende la entidad pública demandante.

En lo que tiene que ver con el trayecto 6, correspondiente al sector comprendido entre los municipios de Silvania y Fusagasugá (PR79+350 a PR71+150), el numeral 4.6 del Apéndice No. 2 estipuló que en esta parte de la vía se construirían dos (2) puentes peatonales y cuatro (4) paraderos, a saber:

> *"4.6. TRAYECTO: SILVANIA (PR 79+350 Ruta 40-05) – FUSAGASUGÁ (PR 71+150 Ruta 40-50)*
>
> *"Los alcances específicos a realizar en el Trayecto comprendido entre Silvania y Fusagasugá son las siguientes: (...)*
>
> *"4.6.4. Ejecutar las Obras de Construcción que resulten necesarias para **dos (2) Puentes peatonales** distribuidos uniformemente a lo largo del sector urbano del municipio de Silvania sobre el Trayecto separados (sic) una distancia no mayor a 800m.*
>
> *"4.6.5. –Numeral modificado por la Adenda No. 2– Ejecutar las Obras de Construcción que resulten necesarias para **cuatro (4) Paraderos ubicados junto a los puentes peatonales**."*[319] –Destaca el Tribunal–

Ahora, tratándose del otro trayecto al que se refiere el apoderado de la entidad pública, esto es, al comprendido entre Chinauta y El Boquerón (PR52+450 a PR42+750), debe precisarse que dicho tramo de la vía corresponde al trayecto 8[320] y no al trayecto 7[321] como equivocadamente se indica en la demanda de reconvención. En este entendimiento, el Tribunal advierte que para el trayecto 8 se contempló en el numeral 4.8 del Apéndice No. 2, la construcción de tres (3) puentes peatonales y de seis (6) paraderos, así:

[319] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folios 983 y 984.
[320] *"1.82 Trayecto 8. Es el sector comprendido entre Chinauta y El Boquerón, según se precisa en el diseño modificado, elaborado y ejecutado por el Concesionario"* (Otrosí No. 22, cláusula primera)
[321] De conformidad con lo estipulado en la cláusula primera del Otrosí No. 22, el Trayecto 7 corresponde al sector comprendido entre Fusagasugá y Chinauta.

"4.8. TRAYECTO: CHINAUTA (PR 52+450 Ruta 40-05) – BOQUERÓN (PR 42+750)

"Los alcances específicos a realizar en la zona comprendida entre Chinauta y Boquerón son las siguientes: (...)

"4.8.3. Ejecutar las Obras de Construcción que resulten necesarias para ***tres (3) Puentes peatonales*** *distribuidos uniformemente a lo largo del sector urbano del corregimiento de El Boquerón, en el Municipio de Icononzo.*

"4.8.4. –Numeral modificado por la Adenda No. 2– Ejecutar las Obras de Construcción que resulten necesarias para ***seis (6) Paraderos ubicados junto a los puentes peatonales***."[322] –Destaca el Tribunal–

Conforme a los numerales en cita, los cuales definían las obras que debían realizarse en los trayectos 6 y 8 del proyecto, el Tribunal advierte que la sociedad concesionaria estaba obligada a construir en ambos sectores un total de cinco (5) puentes peatonales y de diez (10) paraderos, los primeros distribuidos de manera uniforme a lo largo del sector urbano correspondiente y, los segundos, ubicados junto a los respectivos puentes peatonales.

Con claridad de lo anterior, el Tribunal estudiará lo concerniente a la construcción de los puentes peatonales y de los referidos paraderos de manera independiente, habida cuenta que se trata de dos ítems o actividades diferentes y del todo distinguibles, al punto en que –según quedó visto–, las *Especificaciones Técnicas de Construcción* contenidas en el Apéndice No. 2 regulan dichas actividades constructivas de manera separada.

- **Los puentes peatonales contemplados en el alcance básico del contrato de concesión No. GG-040-2004**

De acuerdo con lo estipulado en el numeral 3.1.1.7 del Apéndice No. 2 –arriba citado–, la sociedad concesionaria tenía la obligación de construir y de mantener en funcionamiento los puentes peatonales que el mismo documento contractual se había encargado de identificar. Páginas adelante, en los numerales 4.6.4 y 4.8.3 del referido apéndice se contempló la obligación de construir cinco (5) puentes peatonales a lo largo del proyecto, dos (2) de ellos en el trayecto 6 y los tres (3) restantes en el trayecto 8.

Es importante destacar en este sentido que de acuerdo con la prueba pericial técnica practicada en el proceso (Tabla 29A-1 del Informe Inicial[323]), estos cinco

[322] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folios 989 y 990.
[323] Página 2 Pr29A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

(5) puentes peatonales fueron los únicos que se contemplaron en el alcance básico del proyecto, vale decir, las condiciones iniciales del contrato de concesión No. GG-040-2004 contemplaban únicamente la construcción y el mantenimiento de estos cinco (5) puentes peatonales en los trayectos antes mencionados, sin más.

Se hace mención expresa de lo anterior en atención a que, mediante Informes de Implementación de Puentes Peatonales fechados de septiembre de 2005[324] y julio de 2006[325], la firma que para ese momento ejercía las funciones de interventoría recomendó a la entidad pública contratante que se pactara en el marco del contrato de concesión la construcción de diecisiete (17) puentes peatonales adicionales que se requerían prioritariamente para el proyecto, habida cuenta que, "*... los 5 PUENTES PEATONALES contractuales son insuficientes en número para atender los requerimientos*"[326].

Así mismo, se recomendó en los mencionados informes que, teniendo en cuenta los puntos de la vía que presentaban mayor índice de accidentalidad y de incidentes para los peatones y los usuarios de la misma, era necesario redistribuir la localización de los puentes peatonales, tanto de los cinco (5) que fueron contemplados en el alcance básico del contrato, como de los diecisiete (17) que se contratarían como adicionales.

En el Informe para la Implementación de Puentes Peatonales y Pasos Deprimidos de Julio de 2006, la Interventoría dijo en este sentido lo siguiente:

> *"1. 4. ANÁLISIS Y CONCRECIÓN*
>
> *"1.4.1 Enfoque*
>
> *"Conforme lo señalado en los puntos anteriores, es claro que la LOCALIZACIÓN resulta en principio ser el aspecto más importante a tener en cuenta, donde la Prioridad conjuntamente con la Normatividad de Diseño y de Construcción, resultan ser las directrices determinantes de la LOCALIZACIÓN.*
>
> *"1.4.1.1 Prioridad*
>
> *"No es factible proveer un PUENTE PEATONAL para todos y cada uno de los pareces (sic) y requerimientos particulares de las comunidades apostadas alrededor de la carretera.*

[324] Cuaderno de Pruebas No. 11 – Folios 260 a 273.
[325] Cuaderno de Pruebas No. 19 – Folios 109 a 112.
[326] Cuaderno de Pruebas No. 19 – Folio 110.

"En consecuencia y bajo un criterio de priorización, se busca establecer un plan de implementación de PUENTES PEATONALES, donde objetivamente se busque dar solución a los puntos de mayor conflicto, reduciéndose en gran medida el panorama de riesgos generador de accidentes e incidentes, tanto para los peatones como para los usuarios viales. (...)

"A través de este ejercicio que busca dar cumplimiento al PROGRAMA PARA EL CONTROL DE LA ACCIDENTALIDAD estipulado en el PMA, se obtiene un listado estructurado de PUENTES PEATONALES, con los cuales se espera contribuir a bajar los factores de accidentalidad, pues estos se conciben adoptar en los sectores de mayor prelación actual, es decir donde hay mayoría de población que demanda atravesar e interactuar en general con la vía.

"Del cuadro es concluyente lo siguiente:

"Sin contemplar el sector Bosa – Soacha, SON 22 LOS PUENTES QUE SE REQUIEREN PRIORITARIAMENTE. Su Distribución en número es así:

Jurisdicción	***No. Puentes Peatonales (un)***
Bosa - Soacha	*(*)*
Granada	*5*
Silvania	*5*
Fusagasugá	*6(+)*
Melgar	*1*
Nilo	*1*
Ricaurte – Girardot	*4 (**)*
Total:	*22*

"Conforme lo contractual, se tiene lo siguiente:

Puentes Peatonales	***Cantidad (un)***
Contractuales	*5*
Adicionales	*17*
Total:	*22*

"(*): No se incorpora ni concretiza en el presente documento, pues alrededor del tema de los puentes peatonales para estos Trayectos hay antecedentes y variables que aún no han sido clarificados y que guardan relación con una antigua acción de cumplimiento contra el INVIAS instaurada por la comunidad de Soacha, la cual solicita 12 puentes peatonales. Igualmente las obras allí (sic) guardan relación con un entorno urbano, donde son preponderantes las directrices de adecuación al Sistema de Transporte Masivo (SITM) relativas a TRANSMILENIO. Es evidente que se debe aplicar al igual que para el resto del

proyecto, un criterio de priorización, lo cual por lo advertido puede conducir a la obtención de una cuantía del orden de 5 puentes o similar, lo cual como ya se señaló se deberá concretar al amparo de los antecedentes alrededor del tema.

"(**): Corresponde al denominado Trayecto 12 del proyecto. En principio y atendiendo antecedentes socio – culturales en tal sentido, se identifican 4 puntos focales en términos generales que prevalecen de tiempo atrás para los aprox. 11.5 Km de este Trayecto. El Concesionario procederá a adelantar en el inmediato plazo un sondeo social de población aferente, para definir con la debida concreción geométrica la ubicación de los 4 sitios referidos.

"(+): Uno de los puentes peatonales a construir es compromiso del Concesionario con la comunidad, dicho puente corresponde al ubicado en el sector de Solaire (Chinauta)."[327]

Posteriormente, a través de comunicación No. 2000-BGG-005-415-08 de veintiocho (28) de julio de 2008[328], la firma interventora presentó resultados actualizados en relación con la información de los puentes peatonales del proyecto, encontrando que para ese momento los requerimientos del corredor vial implicaban la construcción de veintiséis (26) puentes peatonales adicionales a los cinco (5) contemplados en el Apéndice No. 2. Se dijo en la referida comunicación que:

"*De acuerdo con la actualización de la información de puentes peatonales y pasos deprimidos efectuado por esta interventoría por solicitud del INCO con base en las peticiones de la comunidad de los municipios de la zona de influencia del proyecto frente a este tema, se encontró la necesidad de ubicar veintiséis (26) puentes peatonales y doce (12) pasos deprimidos (...).*"

Según el informe transcrito y conforme al contenido de la comunicación anterior, durante la ejecución del contrato de concesión se planteó la necesidad de contratar unos puentes peatonales adicionales a los cinco (5) que se habían contemplado en el alcance básico del contrato, pero, además, se advirtió por parte de la firma interventora que todos los puentes peatonales que se construirían en el corredor vial debían ser reubicados "*... para atender los puntos de mayor conflicto*"[329].

Este último aspecto denota marcada importancia frente al *sub judice*, pues, para establecer si la sociedad concesionaria construyó o no los cinco (5) puentes peatonales que se contemplaban en el Apéndice No. 2 y respecto de los cuales

[327] Cuaderno de Pruebas No. 19 – Folio 110 y Cuanderno de Pruebas No 40 – Folio 111 y siguientes
[328] A dicha comunicación se refiere el perito técnico en la página 7 Pr29A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.
[329] Cuaderno de Pruebas No. 19 – folio 111.

se plantearon las pretensiones formuladas por la entidad pública, es imperioso tener certeza de la ubicación precisa de los mismos, más aún cuando la referida recomendación de la Interventoría fue acogida y dio lugar a que se pactara la construcción de puentes peatonales adicionales a los definidos en el alcance básico del contrato.

En efecto, como lo resume el perito técnico en la Tabla 29A contenida en su informe inicial de pericia[330], a la fecha de rendir su dictamen se había pactado en el marco del contrato de concesión No. GG-040-2004 la construcción de treinta y dos (32) puentes peatonales en total. Puntualmente, esos treinta y dos (32) puentes peatonales correspondían a los cinco (5) puentes peatonales contemplados en el Apéndice No. 2, a veintiséis (26) puentes peatonales adicionales cuya construcción fue convenida por los contratantes mediante el Otrosí No. 8 y a uno (1) más que se pactó a través del Otrosí No. 18. En este sentido, de acuerdo con el oficio No. 01-4303-2011 [331], remitido por la Interventoría al INCO el cinco (5) de julio de 2011, se advierte lo siguiente:

Cláusula	No. Puentes
Apéndice 2 en su numeral 4.6.4	2
Apéndice 2 en su numeral 4.8.3	3
Otrosí 8, cláusula 1 numeral 2	Construcción 4 Adecuación 2
Otrosí 8, cláusula 1 numeral 22.6	4
Otrosí 8, cláusula 1 numeral 23	16 de acuerdo con la propuesta del Concesionario
Otrosí 18 Anexo1	1
TOTAL	**32**

Teniendo en cuenta lo anterior y destacando que de acuerdo con las recomendaciones de la Interventoría se distribuyó la localización de cada uno de los puentes peatonales contemplados en el contrato de concesión, esto es, de los cinco (5) definidos en sus condiciones originales y de los veintisiete (27) que a la postre fueron adicionados por los contratantes, es importante considerar que

[330] Página 9 Pr29A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.
[331] Cuaderno de Pruebas No. 40 – Folios 48 a 51.

los cinco (5) puentes peatonales que interesan para el presente análisis de cumplimiento fueron redistribuidos en los trayectos 5, 6, 7 y 8, respecto de los cuales se indicó el nombre dado a cada uno, así como la ubicación exacta de los mismos.

Para tal efecto, destacando el contenido gráfico de la Tabla No. 1 correspondiente al Inventario de Puentes Peatonales[332] que en su momento elaboró la supervisora del INCO, se tiene que la totalidad de los puentes peatonales contratados en el alcance básico, en el Otrosí No. 8 y en el Otrosí No. 18, corresponden a los siguientes:

Puentes Peatonales	***Ubicación***		***Documento Contractual***	***Corresponden***
	K	***P.R.***		
Trayecto 1				
1. La Despensa	*k0+680*	*PR122+105*	*Otrosí 8*	*Fallo Judicial*
2. León XIII (adecuación)	*k1+440*	*PR121+345*	*Otrosí 8*	*Fallo Judicial*
3. Terreros (adecuación)	*k1+840*	*PR120+945*	*Otrosí 8*	*Fallo Judicial*
4.Terreros (nuevo)	*k2+170*	*PR120+615*	*Otrosí 18*	*Fallo Judicial*
5. San Mateo	*k3+070*	*PR119+700*	*Otrosí 8*	*Fallo Judicial*
6. Carrera séptima	*k3+630*	*PR119+125*	*Otrosí 8*	*Fallo Judicial*
7. San Humberto	*k4+003*	*PR118+755*	*Otrosí 8*	*Fallo Judicial*
Trayecto 4				
1. Alto de La Cruz	*k20+800*	*107+106*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
2. Rafael Pombo	*k22+730*	*104+932*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
Trayecto 5				
1. Acceso Granada	*k31+410*	*96+415*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
2. San Raimundo	*k34+790*	*93+049*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
3. Subia Central	*k38+760*	*89+034*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
4. El Vergel	*k40+840*	*86+909*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
5. Azafranal - Divino Niño	*k42+450*	*85+294*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
6. Yayatá	*k45+950*	*81+755*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
7. Balcones del Bosque	*k48+320*	*79+523*	*Alcance Básico*	*Corredor Vial*
Trayecto 6				
1. Silvania	*k49+540*	*78+300*	*Alcance Básico*	*Corredor Vial*
2. Valsálice	*k50+490*	*77+145*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
3. Tibacuy	*k51+420*	*76+114*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
4. Bosachoque	*k53+870*	*73+667*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*

[332] Cuaderno de Pruebas No. 60 – Folio 529.

5. Cucharal	*k56+960*	*VF 6+920*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
Trayecto 7				
1. Cutucumay	*k67+870*	*59+878*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
2. Divino Niño	*k68+880*	*58+880*	*Alcance Básico*	*Corredor Vial*
3. Luis Carlos Galán	*k69+710*	*58+050*	*Alcance Básico*	*Corredor Vial*
Trayecto 8				
1. Boquerón	*k84+610*	*43+207*	*Alcance Básico*	*Corredor Vial*
Trayecto 9				
1. El Salero	*k92+835*	*33+833*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
Trayecto 10				
1. La Esmeralda	*k108+200*	*18+214*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
2. Cobos	*k112+700*	*11+557*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
Trayecto 12				
1. El Paso	*k10+837*	*10+520*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
2. José María Córdoba	*k6+247*	*6+450*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
3. Peñalisa	*k4+749*	*4+800*	*Otrosí 8*	*Acción Popular*
4. Isla del Sol	*k3+403*	*3+400*	*Otrosí 8*	*Corredor Vial*
Total puentes	***32***			

Claramente la relación anterior permite advertir con precisión cuáles son los cinco (5) puentes peatonales que fueron contemplados en el alcance básico del contrato y, puntualmente, en el Apéndice No. 2. Al respecto, vale destacar que esta información coincide con lo expuesto en el dictamen pericial técnico, en donde se precisó la identificación y la ubicación de los cinco (5) puentes peatonales en cuestión[333], así:

Tabla 29A - 6 Obligaciones contractuales de construcción de puentes peatonales del Concesionario

Trayecto	***Municipio***	***Ubicación***	***Tipo de intervención***	***Mediante***
5	*Silvania*	*PR 79+500 Balcones del Bosque*	*Construcción*	*Contrato BGG-040-2004*
6	*Silvania*	*Pr 77+900 Casco Urbano*	*Construcción*	*Contrato BGG-040-2004*
7	*Fusagasugá*	*PR 58+950 Divino Niño*	*Construcción*	*Contrato BGG-040-2004*
7	*Fusagasugá*	*58+090 Unidad Luis C. Galán*	*Construcción*	*Contrato BGG-040-2004*
8	*Boquerón*	*PR 42+700 Boquerón*	*Construcción*	*Contrato BGG-040-2004*

[333] Página 9 Pr29A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

Las anteriores gráficas dejan en claro que los cinco (5) puentes peatonales contemplados en el alcance básico del contrato, cuya ubicación estaba proyectada originalmente para los trayectos 6 y 8, fueron redistribuidos en los trayectos 5, 6, 7 y 8, circunstancia del todo relevante para el caso concreto si se tiene en cuenta que dicha precisión permitirá analizar el cumplimiento de la concesionaria en lo referido a la construcción de los siguientes puentes peatonales en particular: "*Balcones del Bosque*" (trayecto 5), "*Silvania*" (trayecto 6), "*Divino Niño*" y "*Luis Carlos Galán*" (trayecto 7) y "*Boquerón*" (trayecto 8).

Adicionalmente, es importante tener claridad en cuanto a la ubicación de dichos puentes habida cuenta que, de acuerdo con lo estipulado en el numeral 3.1.1.7 del Apéndice No. 2 antes citado, el plazo máximo para la construcción de los mismos era precisamente el definido contractualmente para el trayecto en que estuvieren ubicados. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el mencionado numeral, en el evento en que no pudiera llevarse a cabo la construcción de estos cinco (5) puentes peatonales por interferencia con redes de servicios públicos o por necesidades de orden predial, el concesionario tendría que consignar a la Subcuenta de Excedentes de INCO un valor equivalente por cada uno a $270'000.000 de 2002, *dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del plazo contemplado para ejecutar las obras del respectivo trayecto.*

Conforme a lo anterior, es relevante considerar en este punto que de acuerdo con los plazos acordados mediante Otrosí No. 19, el plazo de construcción para los trayectos en mención finalizaba en las siguientes fechas[334]:

Trayecto	INICIO	FIN	DURACIÓN
Trayecto 5	05/09/2008	19/12/2011	40 meses
Trayecto 6	01/04/2009	20/10/2011	31 meses
Trayecto 7	15/07/2006	17/10/2011	64 meses
Trayecto 8	23/03/2008	01/10/2011	43 meses

Llegado a este punto, al revisar el dictamen pericial técnico rendido en el marco del presente trámite arbitral, el Tribunal encuentra que de acuerdo con los resultados de avance encontrados por el auxiliar de la justicia con corte a treinta y uno (31) de marzo de 2013, para esa fecha no se había culminado aún la construcción de ninguno de los cinco (5) puentes peatonales contemplados en el Apéndice No. 2.

[334] Tabla III-1C "Cronograma de obra actual" – Página 1 PrIII-1C del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

De manera concreta, al referirse al "*Estado actual de la etapa de construcción*", el doctor Héctor Parra Ferro relacionó una extensa gráfica en la cual explica el porcentaje de avance de cada una de las actividades contempladas para los distintos trayectos del proyecto[335], señalando puntualmente en cuanto a la ejecución de los puentes peatonales que para ese momento solo se había construido el 54.87% del puente "*Silvania*" (trayecto 6) y el 24.98% del puente "*Boquerón*" (trayecto 8), indicando así mismo que para los tres puentes restantes el porcentaje de ejecución era de cero por ciento (0%).

De la mencionada gráfica se extracta en este sentido lo siguiente:

Obra a ejecutar	***Ubicación***		***Ejecutado***			***Avance***	***Observación***
	Inicial	***Final***	***Sí***	***No***	***Parcial***		
Trayecto 5 (Alto de Rosas - Silvania) [PR 104+250 - PR79+350]							
Apéndice No 2 CONTRATO DE CONCESIÓN							
Construcción Puente Peatonal Balcones del Bosque	*PR 79+521*			*X*		*0.00%*	
Trayecto 6 (Silvania - Fusagasugá) [PR 79+350 - PR71+150]							
Apéndice No 2 CONTRATO DE CONCESIÓN							
Construcción Puente Peatonal Silvania	*PR 78+550*			*X*		*54.87%*	*En Construcción*
Trayecto 7 (Fusagasugá - Chinauta) [PR 71+150 - PR52+450]							
Apéndice No 2 CONTRATO DE CONCESIÓN							
Puente Peatonal Divino Niño	*PR 58+880*			*X*		*0%*	
Puente Peatonal Luis Carlos Galán	*PR 58+050*			*X*		*0%*	
Trayecto 8 (Chinauta - Boquerón) [PR 52+450 - PR42+750]							
Apéndice No 2 CONTRATO DE CONCESIÓN							

[335] Páginas 1 a 13 Pr29A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

Puente Peatonal Boquerón	*PR 5+300*		*X**			*24.98%*	*El día 23 de enero se dio inicio a la construcción, pero en el mes de marzo se suspendieron las mismas*

* Si bien el perito técnico marcó la "*X*" en la casilla de "*Ejecutado*", se advierte que el porcentaje de ejecución de esta actividad era apenas del 24.98%.

Los datos referidos permiten advertir el porcentaje de ejecución real de los cinco (5) puentes peatonales contemplados en el Apéndice No. 2, para el treinta y uno (31) de marzo de 2013, aspecto que deja en evidencia que para esa fecha ninguno se había construido en su totalidad y que tan solo se estaban ejecutando obras para los puentes peatonales denominados "*Silvania*" y "*Boquerón*", sin que se hubieren iniciado las obras correspondientes a los puentes peatonales de "*Balcones del Bosque*", "*Divino Niño*" y "*Luis Carlos Galán*".

Por su parte, en el testimonio rendido por el Ingeniero Miguel Ángel Botero Giraldo el veintinueve (29) de abril de 2014, quien fungía para ese momento como Ingeniero Independiente de la concesión, se señaló en cuanto al estado de avance de la construcción de puentes peatonales lo siguiente:

> "*SR. BOTERO: Son todos los informes mensuales que se entregan al comités (sic), en la actualidad el último informe a marzo de este año que es el corte, la ejecución de las obras va en un 94.27% a marzo del presente.*
>
> "*DR. CÁRDENAS: ¿Qué queda pendiente, ese 6% a qué corresponde?*
>
> "*SR. BOTERO: Ese 6% básicamente corresponde a la terminación de unos puentes peatonales al inicio de la construcción de cuatro puentes peatonales y a la terminación de unos pasa ganados y al inicio de una construcción de también unos 6, 7 pasa ganados.*
>
> "*DR. ARANGO: ¿Están trabajando en eso?*
>
> "*SR. BOTERO: Sí señor, en este momento las obras están las (sic) en ejecución.*
>
> "*DR. CÁRDENAS: ¿De acuerdo con la información que usted posee, cuándo habrán de estar terminadas esas obras que se están adelantando, si es que hay alguna fecha establecida para ese efecto?*
>
> "*SR. BOTERO: Un poco el dato de la proyección que nosotros tenemos es que más o menos la construcción de un puente peatonal toma cinco meses,*

estamos hablando de que el último puente peatonal se estaría terminando en un escenario de cinco meses, eso quiere decir, agosto, estaría (sic) completamente terminadas las obras, lo que es la vía como tal ya está terminada, estamos en puentes peatonales y pasa ganados.

"DR. CÁRDENAS: ¿Desde cuánto (sic) está terminada la vía como tal?

"SR. BOTERO: La vía está terminada hace 15 días más o menos. (...)

"DR. TABOADA: Usted en la explicación que le dio al Tribunal habló de unos puentes y una (sic) pasa ganados que no están terminados, ¿quisiera hacer el favor de mencionar exactamente cuáles?

"SR. BOTERO: Cuáles exactamente no tengo aquí la información, insisto que está en ejecución una pasa ganados y que falta por construir el dato exacto de cuatro puentes peatonales, pero cuáles están en construcción, no tengo la información, pero puedo hacérsela llegar al tribunal.

"DR. CÁRDENAS: ¿Esa información está el último informe?

"SR. BOTERO: Están en el último informe, sí señor. (...)

"DR. GÓMEZ: ¿Ese 6% que falta de ejecución de obra que usted refiere a los puentes y a los pasa ganados, tiene problemas prediales o no?

"SR. BOTERO: No señor.

"DR. CÁRDENAS: ¿Todavía hay algún problema predial en la obra?

"SR. BOTERO: No señor, para el tema de esto, no."[336] –Subraya del Tribunal–

Pese a que el testigo citado no precisa ni identifica los puentes peatonales que para el momento de su declaración se estaban ejecutando, su dicho permite advertir que para el veintinueve (29) de abril de 2014 se estaban ejecutando obras para la construcción de unos puentes peatonales y que para otros cuatro no se habían iniciado aún las actividades constructivas correspondientes.

Ahora bien, considerando que la prueba pericial técnica practicada en el marco de este proceso solo muestra el porcentaje de ejecución de las referidas obras hasta el treinta y uno (31) de marzo de 2013 y que para el veintinueve (29) de abril de 2014 aún estaban ejecutándose obras correspondientes a los puentes peatonales, es menester acudir a las conclusiones expuestas en la experticia técnica rendida por el doctor Óscar Javier Garzón Díaz en el marco del trámite

[336] Cuaderno de Pruebas No. 95 – Folios 209 a 215.

arbitral 2 que se adelanta entre las mismas partes y en relación con el mismo contrato, a fin de esclarecer para el momento de su dictamen pericial cuál era el estado de la construcción de los cinco (5) puentes peatonales que ocupan la atención del Tribunal.

En efecto, destacando que el mencionado dictamen pericial hace parte de la prueba que fue trasladada al presente trámite arbitral, conforme a la decisión tomada en este sentido mediante Acta No. 91 de veintidós (22) de junio de 2015, el Tribunal encuentra que para junio de 2015, fecha en que el perito Garzón Díaz rindió su informe de respuesta a las aclaraciones y complementaciones, manifestó respecto del estado de ejecución de los trayectos 5, 6, 7 y 8, lo siguiente:

> "***Trayecto 5. Aún se adelantan actividades en los siguientes Puentes peatonales***: *Sabaneta, Santa Lucía, Granada, La 22 (inactivo), San Raimundo, El Vergel, Azafranal, Yayatá y* ***Balcones del Bosque****. Se realizan trabajos en los Pasos Deprimidos Mixtos San José, El Recreo, San Raimundo, Azafranal y Quebrada Honda. En construcción Retornos K33 y Molino Rojo.*
>
> *"**Trayecto 6.** Aún se adelantan actividades en los Puentes peatonales Tibacuy, Cucharal. Los Pasos Deprimidos El Tambo y Quebrajacho se encuentran inactivos. Se adelanta la construcción del Retorno Río Blanco. Falta culminar el espacio público de Silvania. Aún no se inicia la construcción del Retorno Rio Jordán.*
>
> *"**Trayecto 7. Aún se adelantan actividades en los siguientes Puentes peatonales**: Cutucumay, **Divino Niño y Luis Carlos Galán**.*
>
> *"**Trayecto 8**. Se adelantan descargas controladas manuales en los taludes, se conforma acceso predio Altamira, Se realizan trabajos de instalación de mallas y tubos metálicos para protección ante caída de piedras y derrumbes. Se construye muro pantalla para recuperar pérdida parcial de la banca. Aún no se inicia la rehabilitación y mejoramiento del Puente Rio Sumapaz."*[337]

De acuerdo con las referidas conclusiones, el Tribunal encuentra que para junio de 2015, la sociedad concesionaria ya había construido los puentes peatonales de "*Silvania*" y "*Boquerón*", ubicados en los trayectos 6 y 8, respectivamente. Sin embargo, para ese momento estaban apenas ejecutándose las obras correspondientes a los puentes peatonales denominados "*Balcones del Bosque*" (trayecto 5), "*Divino Niño*" y "*Luis Carlos Galán*" (trayecto 7).

[337] Página 99 del Informe contentivo de las respuestas a las Aclaraciones y Complementaciones – Cuestionario ANI. Perito Técnico Óscar Javier Garzón Díaz (Tribunal 2).

En vista de lo anterior, es del todo determinante en este punto del análisis referir y tener en cuenta lo expuesto por el apoderado judicial de la entidad demandante en reconvención al momento de rendir sus alegatos de bien probado, oportunidad en la cual se refirió expresamente a lo acontecido con la construcción de los puentes peatonales del proyecto, frente a lo cual manifestó de manera contundente que para ese momento ya se había terminado la construcción de los puentes peatonales, circunstancia que importa para resolver el caso concreto, toda vez que permite concluir que los puentes peatonales denominados "*Balcones del Bosque*" (trayecto 5), "*Divino Niño*" y "*Luis Carlos Galán*" (trayecto 7), que se encontraban en obra para junio de 2015 –según lo indicó el perito Garzón Díaz–, fueron terminados por la sociedad concesionaria.

Puntualmente, se indicó sobre este particular en el escrito contentivo de los alegatos de conclusión presentado por la demandante en reconvención lo siguiente:

> "*Cuando se formuló esta pretensión el Concesionario estaba en mora de terminar la construcción de los puentes peatonales y los paraderos, los cuales ni siquiera los había iniciado para entonces. Como consecuencia de la formulación de esta demanda de reconvención,* ***el Concesionario inició la Construcción de los puentes peatonales y en efecto, al momento de presentar estos alegatos ya los terminó****; empero no ha ocurrido lo mismo con los paraderos, pues a la fecha no ha concluido ninguno de ellos.*
>
> *"Aunque el dictamen pericial bien hubiera podido ahondar en detalles, no deja duda alguna de que los puentes peatonales no estuvieron construidos oportunamente, como también de que restan aun por construirse los paraderos."*[338] –Destaca el Tribunal–

No deja duda alguna la manifestación que de manera categórica emitió el apoderado judicial en el citado aparte, el cual permite deducir que para la fecha en que rindió sus alegatos de bien probado, la contratista había terminado la construcción de los puentes peatonales del proyecto.

Estas consideraciones dan lugar a concluir frente a la construcción de los puentes peatonales lo siguiente: primero, que según lo estipulado en el Apéndice No. 2 contentivo de las "*Especificaciones Técnicas de Construcción*", la concesionaria tenía la obligación de construir cinco (5) puentes peatonales contemplados en el alcance básico del contrato de concesión, dos en el trayecto 6 y los tres (3) restantes en el trayecto 8; segundo, que durante la ejecución del contrato se pactó la construcción de puentes peatonales adicionales a los cinco

[338] Página 276 – Alegatos de Conclusión presentados por el apoderado judicial de la ANI para el Tribunal No. 1.

(5) definidos originalmente en el Apéndice No. 2, redefiniéndose igualmente la ubicación de todos ellos; tercero, que debido a la mencionada relocalización de los puentes peatonales, los cinco (5) puentes peatonales correspondientes al alcance básico del contrato fueron ubicados así: el puente denominado "*Balcones del Bosque*" en el trayecto 5, el puente peatonal "*Silvania*" en el trayecto 6, los puentes identificados como "*Divino Niño*" y "*Luis Carlos Galán*" en el trayecto 7 y el puente de "*Boquerón*" en el trayecto 8; cuarto, que para junio de 2015 se habían construido extemporáneamente los puentes peatonales "*Silvania*" y "*Boquerón*" y se encontraban en obra los tres (3) restantes; y quinto, que para la fecha en que se rindieron los alegatos de conclusión en el presente trámite arbitral ya estaba terminada la totalidad de puentes peatonales, afirmación que incluía los denominados puentes peatonales de "*Balcones del Bosque*", "*Divino Niño*" y "*Luis Carlos Galán*", frente a lo cual quedó demostrado que su construcción sí la ejecutó la contratista, aunque por fuera del plazo contemplado para cada trayecto.

- ***Los paraderos contemplados en el alcance básico del contrato de concesión No. GG-040-2004***

Junto a los puentes peatonales, el Apéndice No. 2 definió y reguló de manera independiente lo referido a los paraderos que se ubicarían en los trayectos del proyecto. Sobre este particular –como se indicó párrafos atrás–, los numerales 4.6.5 y 4.8.4 de dicho Apéndice No. 2 contemplaron en el alcance básico del contrato la obligación de construir cuatro (4) paraderos para el trayecto 6 y otros seis (6) correspondientes al trayecto 8, esto es, diez (10) paraderos en total que estarían ubicados junto a los puentes peatonales.

Como ya se ha dicho, en las "*Especificaciones Técnicas de Construcción*" se estipuló y se reguló de forma separada lo concerniente a los puentes peatonales y a los paraderos que se construirían en el corredor vial, aspecto que interesa al Tribunal en atención a que, al tratarse de dos actividades distintas y del todo diferenciables, la ejecución de las mismas no puede confundirse y, por ende, su cumplimiento deberá valorarse de manera independiente.

Esta especial circunstancia es relevante al observar que la información que reposa en el expediente se refiere a los puentes peatonales del proyecto, sin que haya referencias precisas y directamente relacionadas con los paraderos, lo cual impide efectuar una trazabilidad en cuanto a lo sucedido con la ejecución de los diez (10) paraderos que fueron contemplados en el Apéndice No. 2.

En estos términos, el Tribunal advierte que tratándose de los paraderos, las pruebas del proceso dan cuenta de lo estipulado al respecto en los numerales

4.6.5 y 4.8.4 de las "*Especificaciones Técnicas de Construcción*", en donde precisamente se estableció la obligación de construir los diez (10) paraderos en cuestión y, adicional a ello, de la respuesta dada por el perito técnico Parra Ferro al interrogante No. II-4C, en donde se indicó de manera puntual que para el treinta y uno (31) de marzo de 2013, no se habían ejecutado aún las obras correspondientes a dichos paraderos.

Concretamente, al referirse al "*Estado actual de la etapa de construcción*", el doctor Héctor Parra Ferro relacionó una extensa gráfica señalando el porcentaje de avance de cada una de las actividades contempladas para los distintos trayectos del proyecto[339], indicando en lo que tiene que ver con los paraderos del proyecto que para ese momento no se había construido ninguno y ni siquiera se había dado inicio a las actividades de obra correspondientes. En este sentido, el auxiliar de la justicia expresó lo siguiente:

Obra a ejecutar	***Ubicación***		***Ejecutado***			***Avance***	***Observación***
	Inicial	***Final***	***Sí***	***No***	***Parcial***		
Trayecto 5 (Alto de Rosas - Silvania) [PR 104+250 - PR79+350]							
Apéndice No 2 CONTRATO DE CONCESIÓN							
Construcción Puente Peatonal Balcones del Bosque	*PR 79+521*			*X*		*0.00%*	
Construcción Paraderos Puente Peatonal	*PR 79+523*			*X*		*0.00%*	
Trayecto 6 (Silvania - Fusagasugá) [PR 79+350 - PR71+150]							
Apéndice No 2 CONTRATO DE CONCESIÓN							
Construcción Puente Peatonal Silvania	*PR 78+550*				*X*	*54.87%*	*En Construcción*
Construcción Paraderos Puente Peatonal	*PR 78+550*			*X*			
Trayecto 7 (Fusagasugá - Chinauta) [PR 71+150 - PR52+450]							

[339] Páginas 1 a 13 Pr29A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

Apéndice No 2 CONTRATO DE CONCESIÓN							
Puente Peatonal Divino Niño	*PR 58+880*			*X*		*0%*	
Puente Peatonal Luis Carlos Galán	*PR 58+050*			*X*		*0%*	
Trayecto 8 (Chinauta - Boquerón) [PR 52+450 - PR42+750]							
Apéndice No 2 CONTRATO DE CONCESIÓN							
Puente Peatonal Boquerón	*PR 5+300*		*X**			*24.98%*	*El día 23 de enero se dio inicio a la construcción, pero en el mes de marzo se suspendieron las mismas*
(2) Paraderos	*PR 2+199*			*X*		*0%*	*No se han ejecutado*
Trayecto 9 (Boquerón - Melgar) [PR 42+750 - PR25+600]							
Puente Peatonal El Salero	*PR 33+833*				*X*	*52.52%*	
(2) Paraderos	*PR 33+833*			*X*		*0%*	
Trayecto 10 (Melgar - El Paso) [PR 25+600 - PR11+300]							
(4) Paraderos				*X*		*0%*	*No se han ejecutado*

* Si bien el perito técnico marcó la "*X*" en la casilla de "*Ejecutado*", se advierte que el porcentaje de ejecución de esta actividad era apenas del 24.98%.

Advirtiendo que la citada prueba pericial refiere a varios paraderos sin distinguir cuáles correspondían a los contemplados en el Apéndice No. 2, sí da certeza en cuanto a que, primero, los paraderos del proyecto son actividades constructivas independientes y que su ejecución está separada de los puentes peatonales, al punto en que el experto diferenció en cada caso el porcentaje de avance de cada ítem en particular sin confundir el de los paraderos con el de los puentes peatonales y, segundo, que ninguno de los paraderos del corredor vial se había construido para la fecha en que se rindió el dictamen pericial técnico.

Destacando que la citada respuesta dada por el perito tuvo lugar a raíz de la pregunta No. II-4C formulada en su momento por el apoderado judicial de la entidad pública convocada, es preciso considerar que no reposa en el plenario una prueba que evidencie con posterioridad a la experticia que los referidos paraderos hubieren sido construidos por la sociedad concesionaria, cosa que sí

sucedió para el caso de los puentes peatonales frente a los cuales pudo determinarse que la contratista ejecutó las obras correspondientes y que su construcción total se cumplió, aunque de manera extemporánea.

Lo único cierto para el Tribunal conforme a lo expuesto es que, de acuerdo con las conclusiones contenidas en el dictamen pericial técnico, los paraderos del proyecto no fueron construidos, circunstancia respecto de la cual no hubo oposición por parte de la apoderada judicial de la sociedad convocante al momento de rendir sus alegatos de bien probado, oportunidad en la cual se adujo simplemente que en materia de puentes peatonales y de paraderos no se habían probado las pretensiones formuladas al respecto en la demanda de reconvención reformada[340], perdiendo de vista que sí existía sobre el particular una conclusión puntual y definitiva en el dictamen pericial técnico que se refirió al porcentaje de avance de cada uno de los paraderos, más aún cuando a juicio del Tribunal, era la concesionaria quien debía probar la ejecución de dichas obras como responsable de su construcción.

En efecto, si se tiene en cuenta que en la pretensión vigésima sexta de la demanda de reconvención reformada, la entidad pública deprecó el pago de una suma dineraria "... *por la no construcción de los puentes peatonales y correspondientes paraderos contratados en el alcance básico del Contrato de Concesión No. GG-040-2004*", es claro que el cargo así formulado corresponde a una negación indefinida, de ahí que en lo relacionado con esta precisa circunstancia operaba el fenómeno procesal de inversión de la carga probatoria y, por tanto, le "*... incumbía a la demandada desvirtuarlo*"[341].

Esto con fundamento en lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual, en esencia, reproduce lo que prescribía el anterior artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto, el último inciso del artículo 167 en mención establece que: "*Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*" –subraya del Tribunal–.

En este contexto, al observar que la demandante en reconvención planteó la negativa pura y simple de un hecho en la pretensión *sub examine*, esto es, sin referirse a condiciones de tiempo, modo y lugar, le correspondía a su contraparte entrar a probar que sí había construido los paraderos contemplados en el alcance básico del contrato, pues, sumado a que "*la afirmación y no la negación*

[340] En la página 289 del Capítulo III del escrito de alegatos de conclusión, la apoderada judicial de la sociedad convocante señaló al respecto que: "*No existe prueba técnica adicional a las anteriores siendo por tanto claro que no le asiste razón a la ANI, que no probó su dicho y que brilla por su ausencia la prueba de los supuestos valores de estos puentes. En consecuencia, debe declararse no probada estas pretensiones.*"
[341] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de veinte (20) de enero de 1994, Exp. 1.074, C.P. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

exige ser probada"[342], era la concesionaria la responsable contractualmente de la construcción de tales obras.

Considerando, entonces, que la sociedad demandada en reconvención no aludió a prueba alguna que diera cuenta de que los paraderos del proyecto fueron efectivamente construidos, el Tribunal tendrá como válida y definitiva en este sentido la conclusión expuesta en la pericia técnica que a solicitud de la entidad pública demandante en reconvención da cuenta que los diez (10) paraderos contemplados en el alcance básico del contrato (Adicional No. 2) no fueron construidos.

Estas razones permiten determinar que la entidad pública sí probó que los paraderos del proyecto no fueron construidos por la sociedad concesionaria, pues en tal sentido formuló un interrogante que fue respondido por el perito técnico, quien de manera puntual señaló que estas obras en particular no se habían ejecutado, conclusión que no fue controvertida por la sociedad convocante a través de objeción por error grave, mediante otro medio probatorio que la desvirtuara y tampoco en sede de alegatos de conclusión.

Así las cosas, el Tribunal declarará que, de acuerdo con las pruebas aportadas y practicadas en el marco del trámite arbitral, la sociedad concesionaria no construyó los diez (10) paraderos cuya ejecución fue contemplada en los numerales 4.6.5 y 4.8.4 de las "*Especificaciones Técnicas de Construcción*" contenidas en el Apéndice No. 2.

- ***Declaraciones en materia de puentes peatonales y paraderos – Reconocimientos económicos***

En la pretensión vigésima novena principal de la demanda de reconvención reformada, la entidad pública pidió al Tribunal que ordenara a la concesionaria el pago de $4.050'000.000 de 2002 como compensación por la no construcción de los puentes peatonales y de los paraderos que se habían contemplado en el Apéndice No. 2, es decir, $270'000.000 de 2002 por cada uno de los cinco (5) puentes peatonales y de los (10) paraderos que fueron definidos en las "*Especificaciones Técnicas de Construcción*" del contrato de concesión No. GG-040-2004.

Al respecto, dando estricta aplicación a lo estipulado por las partes en los numerales 3.1.1.7 y 3.1.1.8 del Apéndice No. 2, el Tribunal accederá parcialmente a la referida pretensión al encontrar probado en el plenario lo

[342] BETANCUR JARAMILLO, Carlos: De la prueba judicial, Señal Editora, Medellín, 1998, pp. 199.

siguiente: primero, que los cinco puentes peatonales (5) contemplados en el alcance básico del contrato sí fueron construidos en su totalidad, de manera que frente a los mismos no hay lugar a efectuar reconocimiento económico alguno a favor de la entidad pública, habida cuenta que, además de estar demostrada la ejecución completa de dichas obras, no se probaron en el proceso los eventuales perjuicios que pudieron causarse por la construcción extemporánea de estas precisas actividades contractuales; segundo, que sin justificación válida alguna, la sociedad concesionaria no construyó los diez (10) paraderos contemplados en el alcance básico del contrato; tercero, que en el numeral 3.1.1.8 del Apéndice No. 2 se contempló expresamente que en el evento de no construirse alguno de los diez (10) paraderos en mención, el concesionario debía consignar por cada uno la suma de $270'000.000 de 2002 a la Subcuenta de Excedentes del INCO como valor equivalente o compensatorio por la no construcción de tales obras; cuarto, que de acuerdo con el mencionado parámetro que se definió directamente desde el contrato, el Tribunal ordenará a la sociedad concesionaria que pague a favor de la entidad pública demandante en reconvención la suma correspondiente a los diez (10) paraderos que no fueron construidos; y quinto, que el pago a efectuarse por parte de la sociedad concesionaria y a favor de la entidad pública demandante en reconvención corresponderá a la suma de $270'000.000 de 2002 por cada uno de los diez (10) paraderos en cuestión, vale decir, la suma total de $2.700'000.000 de 2002, sin lugar a intereses de mora, pero debidamente actualizada.

El Tribunal no reconocerá intereses de mora en atención a que el presente Laudo Arbitral constituye la causa jurídica de la obligación y, además, porque las pruebas del proceso no dan certeza del momento en que debió realizar el pago compensatorio, habida cuenta que, con ocasión de la redistribución que hizo la Interventoría en cuanto la localización de los puentes peatonales y de los paraderos que se construirían junto a los mismos, no se conocen los trayectos en los cuales debían ejecutarse los diez (10) paraderos en mención.

Esta razón da pie igualmente para negar la primera pretensión subsidiaria de la pretensión vigésima novena principal. Es pertinente aclarar que si bien en la redacción de la pretensión primera subsidiaria en la que se solicita el pago con los intereses previstos por la ley, la parte convocante se refirió a *"los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión vigésima sexta principal"*, es evidente que allí se incurrió en un error, pues la pretensión vigésima sexta no se refiere a intereses sino a la indexación de la tarifa de peaje. Por lo anterior entiende el Tribunal que el texto se refiere realmente a la pretensión vigésima novena principal. Igual aclaración debe hacerse frente a la segunda pretensión subsidiaria que igualmente se refiere a la pretensión

vigésima sexta, pero que debe entenderse se refiere a la pretensión vigésima novena.

En todo caso, como la suma a pagar se reconocerá debidamente actualizada, sí prospera la segunda pretensión subsidiaria de la vigésima novena principal, en la cual se pedía precisamente que el valor a pagar fuera actualizado con base en el IPC.

En este entendimiento, tomando el valor total de DOS MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($2.700'000.0000) de 2002, actualizado con el IPC a la fecha del Laudo Arbitral, se tiene que el pago total que deberá efectuar la sociedad concesionaria asciende a la suma total de CUATRO MIL SETECIENTOS SETENTA MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE ($4.770'378.151), como lo explica el siguiente cuadro:

Vr. BASE	IPC INICIAL DIC2002	IPC FINAL DIC2015	FACTOR IPC	Vr. ACTUALIZADO IPC
2.700.000.000	71,40	126,15	1,766807	4.770.378.151

FUENTE: IPC PUBLICADO DANE

La suma en mención se declarará a manera de condena en la parte resolutiva de la presente providencia.

J. COMPENSACIÓN POR LA APLICACIÓN DEL SOPORTE PARCIAL POR RIESGO GEOLÓGICO

i. Posición de la parte convocante

En la pretensión 7 de la demanda arbitral reformada, la parte convocante solicita al Tribunal que declare el incumplimiento *grave* de la entidad pública convocada en lo que tiene que ver con el pago del *riesgo geológico* y los intereses que atañen a este concepto, de conformidad con lo dispuesto en el contrato de concesión No. GG-040-2004.

La sociedad convocante expone a este respecto que, según lo acordado en la cláusula 23 del contrato, estaba a cargo de la entidad pública contratante el reconocimiento y pago del denominado *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, conforme al cual se asumían las cantidades en *exceso* o las mayores cantidades de obra que llegaren a ejecutarse para la construcción del Túnel Sumapaz ubicado entre el PR42+120 y el PR37+420 del Trayecto 9, siempre y cuando las

mismas no tuvieran por causa errores de diseño o de construcción atribuibles al concesionario. Estas mayores cantidades corresponderían a los ítems o actividades que fueran superiores en un 10% a las contempladas en la tabla relacionada en la cláusula 23.10.

Con fundamento en lo anterior, se aduce en el texto de la demanda arbitral reformada que fueron varias las actas de riesgo geológico suscritas entre la concesionaria y la interventoría, en las cuales se conciliaron las mayores cantidades de obra que se ejecutaron para la construcción del Túnel Sumapaz[343]. Estas actas dieron lugar a la presentación de las respectivas cuentas de cobro ante la entidad pública contratante, quien, a su vez, profirió las resoluciones correspondientes a través de las cuales reconoció la deuda que tenía por este preciso concepto[344].

La demandante indica que la firma interventora estableció en su momento los valores adeudados por la entidad a título de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, determinando en este sentido que la suma correspondiente ascendía a $37.086'934.283 (comunicación No. CONCOL-01-3121-2011). Así mismo, que a través de Resolución No. 335 de 2011, el INCO declaró la contingencia geológica durante la construcción del Túnel Sumapaz, reconociendo el pago de las mayores cantidades de obra conciliadas durante los meses de septiembre a diciembre de 2009 y de enero a marzo de 2010, por un valor de $20.570'189.652[345].

Páginas adelante, la apoderada judicial de la sociedad demandante manifiesta expresamente que, "*[p]ese a que el INCO ha hecho un reconocimiento expreso de la deuda que por concepto de Riesgo Geológico tiene con la Concesión, hasta la fecha no ha desembolsado suma alguna*"[346]. Continúa indicando en este sentido que, "*[c]omo se puede inferir de la simple lectura de las resoluciones Nos. 475, 507, 508, 509, 510, 546, 152, 239, 238, 565, 563, 564, 562, 561, 560, a la fecha –agosto de 2011– ya han pasado más de 18 meses desde que el INCO profirió las mismas, sin que hasta el momento se haya procedido al desembolso al que se refiere la cláusula [23.7.3] citada anteriormente*"[347] –subraya el Tribunal–.

A pesar de la contundencia de las afirmaciones en las que se aduce que la entidad pública no había desembolsado suma alguna a título de pago del

[343] Páginas 184 a 208 del escrito de demanda arbitral reformada.
[344] Páginas 208 a 231 del escrito de demanda arbitral reformada.
[345] Páginas 87 a 91 del escrito de demanda arbitral reformada.
[346] Página 231 del escrito de demanda arbitral reformada.
[347] Página 231 del escrito de demanda arbitral reformada.

Soporte Parcial de Riesgo Geológico, la convocante –entrando en una evidente contradicción– señala a renglón seguido que a la fecha de presentación de su demanda solo se tenía un valor "*pendiente*" de pago por concepto de riesgo geológico por la suma de $6.451'868.146, discriminado así:

> "*Actualmente está pendiente un saldo de pago por concepto de riesgo geológico, que, sumado al capital más los intereses, proyectados a agosto de 2011.*
>
> | | |
> |---|---|
> | *"SALDO CAPITAL* | *6,408,444,526* |
> | *"SALDO INTERESES* | *43,423,620* |
> | *"TOTAL DEUDA* | *6,451,868,146*" |

Este panorama permite advertir que la controversia propuesta por la convocante en materia de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* –de acuerdo con lo planteado en la demanda arbitral reformada– está referida al supuesto incumplimiento de la entidad pública convocada al no pagar por este concepto un saldo de capital e intereses que –según sus cálculos– asciende a la suma de $6.451'868.146.

ii. Posición de la parte convocada

El apoderado judicial de la convocada formuló la excepción novena en su escrito de contestación a la demanda arbitral reformada, manifestando al respecto que la entidad pública contratante había cumplido en debida forma con el pago de las mayores cantidades de obra concernientes al denominado *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, en los términos de la cláusula 23 del contrato de concesión No. GG-040-2004.

De manera puntual, la convocada hizo referencia en este punto a la Constancia No. 0247 expedida por la Fiduciaria de Occidente S.A., la cual certificaba que desde el año 2008 y hasta el 31 de agosto de 2011, el INCO había pagado al concesionario la suma de $54.463'787.116 por concepto de cantidades de obra ejecutadas en exceso para la construcción del Túnel Sumapaz, vale decir, por *Soporte Parcial del Riesgo Geológico*.

El apoderado de la entidad demandada señaló que en todo caso para la fecha de la contestación lo único que se adeudaba al concesionario por este preciso concepto era la suma de $91'137.114 de los $1.611'759.693 que fueron reconocidos por el INCO mediante Resolución No. 052 de 2009.

Se aduce en la excepción en comento que la sociedad concesionaria incurrió en evidentes inconsistencias al formular su demanda, pues no obstante haber

alegado que la entidad pública no había realizado desembolso alguno a título de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, terminó concluyendo que el INCO si había reconocido unos montos por este concepto, pero que estaba pendiente aún el pago de una parte de la suma adeudada correspondiente a $6.0451'868.146, circunstancia que –según la convocada– demuestra que lo expuesto en la demanda sobre este particular está alejado de la realidad.

Con fundamento en estas consideraciones, la convocada pide al Tribunal que niegue la pretensión 7 declarativa formulada por la parte convocante, habida cuenta que los pagos del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* fueron realizados conforme a lo estipulado contractualmente.

Frente a lo manifestado en estos términos por la entidad convocada, la sociedad demandante al momento de descorrer el traslado de las excepciones de mérito, precisó que las afirmaciones hechas en su demanda relacionadas con el incumplimiento del INCO de su obligación de pago de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 23 del contrato, "... *no se refieren a que la entidad no haya efectuado los pagos, sino a que no lo hizo de la manera como el Contrato GG-040-2004 lo disponía, esto es, pasados 18 meses después del reconocimiento del riesgo geológico, so pena de incurrir en el pago de intereses de mora*"[348] –destaca el Tribunal–.

En el mismo escrito, la convocante adujo que las consideraciones expuestas por el apoderado de la entidad convocada no lograban desvirtuar el valor que para ese momento adeudaba el INCO por concepto de *Soporte Parcial del Riesgo Predial* y que ascendía a un monto de $6.451'868.146, según los cálculos efectuados al respecto por el área financiera de la sociedad concesionaria. De manera concreta, la apoderada judicial de la demandante manifestó:

> *"El área financiera de la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., y después de realizados los pagos efectuados por el INCO de riesgo geológico ha establecido que el dinero adeudado por la entidad por concepto de este asunto, es $6,451,868,146, incluidos los aportes a capital y los intereses a agosto de 2011. Por lo tanto se reitera que esta es la cifra que el contratante tiene aún pendiente de pago."*[349]

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que la discusión que plantea la convocante en su pretensión 7 declarativa se concreta a establecer si existió o no un incumplimiento contractual de la entidad pública convocada por el no pago

[348] Página 92 del escrito por el cual se descorrió el traslado de las excepciones de mérito formuladas en la contestación a la demanda arbitral reformada.
[349] Página 92 del escrito por el cual se descorrió el traslado de las excepciones de mérito formuladas en la contestación a la demanda arbitral reformada.

de la suma de $6.451'868.146 ($6.408'444.526 de capital y $43'423.620 de intereses), en los términos y plazos estipulados en la cláusula 23 del contrato de concesión No. GG-040-2004.

iii. Posición del Ministerio Público

Al respecto la señora Agente del Ministerio Público conceptuó:

> *"Al respecto, vale la pena mirar el pronunciamiento de la Interventoría, en tanto que ella con ocasión de las cuentas de cobro que el concesionario presentó a la Entidad Pública, para el efectivo reconocimientos de las sumas de dinero, se permitió mediante comunicación 01-3121-201120 del 23 de mayo de 2011, dirigida a la señora SILVIA RUBINA RESTREPO Subgerente de Gestión Contractual, informar que la ANI "(...) De acuerdo al procedimiento establecido en la cláusula 23 SOPORTE PARCIAL POR RIESGO GEOLÓGICO, las actas pendientes de pago por este concepto facturadas en términos corrientes suma en total $54.555.077.310 (...) Con corte a abril de 2011, el INCO ha pagado por concepto de soporte parcial riesgo geológico la suma de $22.982.024.675 en las siguientes fechas(...)"; valores que según el cuadro que se encuentra en la comunicación de la Interventoría, corresponden a el abono de intereses por $3.590.372.147 y el restante, es decir $19.391.652.528 como abono a capital.*
>
> *Así las cosas, la ANI con un saldo de $37.086.934.283, incluidos intereses, determinó saldar la deuda con el concesionario, por medio de declaratoria de contingencia por riesgo geológico para la vigencia presupuestal de 2011, por el valor de $10.911'726.168.oo para junio de 2011 y $20.570'189.652.oo. para agosto del mismo año, lo que quiere decir que la Agencia pagó los dineros que le eran adeudados a concesionario por concepto de riesgo geológico.*
>
> *Tal así quedó demostrado con los certificados21 por la Fiduciaria de Occidente S.A mediante certificación No 0309 del 12 de octubre de 2012, que da cuenta que la ANI ha pagado desde el año 2008 y hasta el 2011 la suma de $54.463.787.116 por concepto de soporte parcial por riesgo geológico.*
>
> *Es por lo anterior que este Ministerio Público encuentra debidamente certificada el cumplimiento de la obligación por parte de la Entidad, pues tal como ésta lo mencionó es su escrito de alegatos, las certificaciones de la Fiduciaria ciertamente dan cuenta de los desembolsos y por lo tanto del pago de dichos dineros."*

iv. Cuestión previa

Como se ve, en este caso no se controvierte ni el alcance ni la concreción del riesgo geológico, como tampoco se discute la liquidación o el contenido de las actas mediante las cuales se conciliaron las mayores cantidades de obra

referidas al denominado *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, de ahí que el análisis del Tribunal habrá de circunscribirse a establecer si la entidad pública convocada efectuó o no el pago de la suma indicada en la demanda por concepto de capital e intereses, de acuerdo con lo dispuesto en el clausulado contractual, esto es, si la entidad pública realizó el pago de las compensaciones reconocidas como *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* –teniendo en cuenta el valor señalado por la convocante– y si éste se efectuó de conformidad con lo estipulado en la cláusula 23 del contrato de concesión.

Para tal efecto, el Tribunal abordará la regulación que sobre el particular se contempló en el marco del contrato de concesión, para estudiar luego la petición en concreto y definir si los valores que supuestamente adeudaba la entidad pública contratante por concepto de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* ($6.451'868.146) fueron o no pagados de conformidad con lo establecido en la cláusula 23 del contrato.

v. El denominado Soporte Parcial por Riesgo Geológico pactado en el contrato

En la cláusula 14.4 del contrato de concesión No. GG-040 de 2004, se estipuló de manera expresa que estaban a cargo de la sociedad concesionaria, "*[l]os efectos favorables o desfavorables, derivados del riesgo geológico conexo a la construcción del Trayecto 9 en los términos de la CLÁUSULA 23, salvo lo expresamente previsto en la citada cláusula*" –destaca el Tribunal–.

En concordancia con la mencionada estipulación, se pactó en la cláusula 23.1 del contrato que los valores de construcción de las obras civiles correspondientes al denominado Túnel Sumapaz ubicado entre el PR42+120 y el PR37+420 del Trayecto 9, así como los costos, inversiones y el suministro e instalación de todos los equipos eléctricos o mecánicos que se requirieran para la construcción, operación y mantenimiento de esta obra en particular, se entenderían incluidos en el ingreso esperado que se contempló como remuneración del contrato, por tanto, sería responsabilidad de la sociedad concesionaria la construcción, operación y el mantenimiento del Túnel Sumapaz, "*... única y exclusivamente a cambio de la remuneración que obtendrá por el Ingreso Esperado al que tiene derecho*".

Ahora bien, a fin de compensar los eventuales sobrecostos que llegaren a generarse con la construcción del Túnel Sumapaz, se contempló contractualmente el denominado *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, el cual sería responsabilidad de la entidad pública contratante en los términos de la cláusula 15 del contrato de concesión, a cuya letra se lee: "*... el INCO asume,*

única y exclusivamente, los efectos derivados de los riesgos que se enlistan a continuación (...) 15.4 Los efectos desfavorables de la activación del Soporte parcial por riesgo geológico para la construcción del Trayecto 9 en los términos exclusivamente pactados en la CLÁUSULA 23".

En efecto, tras advertir que la construcción del Túnel Sumapaz podría resultar alterada por el acaecimiento de eventuales contingencias de orden geológico que pudieran impactar el presupuesto de obra estimado en un principio, se pactó y se reguló en la cláusula 23 del contrato lo referido al *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, conforme al cual, la entidad pública contratante, previa solicitud del concesionario, reconocería y pagaría las mayores cantidades de obra que tuvieren que ejecutarse para construir el Túnel, siempre y cuando éstas no se hubieren originado por culpa o negligencia del contratista o por errores de diseño o de construcción que le fueren imputables.

El *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* así concebido consistía, entonces, en una garantía que cubría parcialmente los mayores costos de construcción de una obra que tenía un alto componente de complejidad geológica, circunstancia que precisamente impedía que se tuviera información suficiente y confiable que permitiera estimar *ab initio* el respectivo riesgo. En este sentido, es importante hacer referencia a lo expuesto en el documento CONPES 3107 de 2001, el cual se refirió a este tipo de garantías contractuales en los siguientes términos:

> "*En aquellos proyectos de construcción que presenten un alto componente de complejidad técnica o geológica que impida contar con información suficiente y confiable para estimar el riesgo, las entidades estatales podrán considerar el otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobrecostos de construcción asociados con la complejidad identificada. Como mecanismos para mitigar este riesgo, se exige el cumplimiento al ejecutor del proyecto de requisitos de experiencia en diseño, construcción, y de puesta en marcha acordes con las características técnicas del proyecto.*" –Subraya fuera del texto–

Estas razones permiten considerar igualmente que el mencionado *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* fue convenido en el contrato como una obligación de naturaleza contingente, pues corresponde a un compromiso previo de orden pecuniario que suponía el pago de unos dineros a manera de compensación, en el evento en que se cumplieran o concretaran los condicionamientos que para el efecto habían contemplado los contratantes desde el inicio de la relación

negocial[350]. Sobre el particular, el artículo 6° del decreto 423 de 2001 dispone con claridad que:

> "... *son obligaciones contingentes aquéllas en virtud de las cuales alguna de las entidades señaladas en el artículo octavo del presente decreto, estipula contractualmente a favor de su contratista, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto*." –Subraya del Tribunal–

De esta manera, tras advertirse durante la estructuración del proyecto de concesión que existía la posibilidad de que la construcción del Túnel Sumapaz diera lugar a la ejecución de mayores cantidades de obra de difícil estimación, se estipuló en el contrato el referido *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* como garantía a través de la cual se compensaría al concesionario por los sobrecostos en que eventualmente incurriera por este preciso aspecto.

De manera concreta, se pactó en la cláusula 23.4 que la aplicación del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* tendría lugar cuando en la construcción del Túnel Sumapaz, el concesionario ejecutara cantidades de obra que superaran en un diez por ciento (10%), "... *aquellas [cantidades] referidas en la tabla descrita en el numeral 23.10 siguiente para cada uno de los ítems establecidos en dicha tabla*". En otras palabras, se estableció en el contrato de manera expresa que las mayores cantidades de obra que estarían cubiertas por el referido *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, corresponderían a las que se ejecutaran por encima del 10% de las cantidades que se habían estimado para la construcción del Túnel en la tabla contenida en la cláusula 23.10.

La mencionada tabla identifica una serie de actividades constructivas y unos ítems de obra que fueron contemplados para la ejecución del Túnel Sumapaz, precisando en cada caso las cantidades proyectadas y el valor estimado para cada una de ellas, así:

> "*Para todos los efectos y cálculos de la liquidación definitiva del soporte se tomarán los valores registrados en la siguiente tabla:*

[350] Art. 1, Ley 448 de 1998: *"Manejo presupuestal de las contingencias. De conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, la Nación, las Entidades Territoriales y las Entidades Descentralizadas de cualquier orden deberán incluir en sus presupuestos de servicio de deuda, las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo.*
"El Gobierno Nacional reglamentará la metodología sobre los términos para la inclusión de estas obligaciones en los presupuestos de las entidades a que hace referencia el inciso anterior, pudiendo distinguir en su tratamiento las obligaciones contingentes que se hubiesen adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley y las futuras.
"Así mismo, el Gobierno reglamentará los eventos en los cuales dichos recursos deban ser transferidos al fondo que se crea de conformidad con el artículo siguiente.
"Parágrafo. Para efectos de la presente ley se entiende por obligaciones contingentes las obligaciones pecuniarias sometidas a condición." –Se subraya–

DESCRIPCIÓN	*UNIDAD*	*CANTIDAD*	*Precio Unitario (Pesos de Diciembre de 2002)*
A. OBRAS SUBTERRANEAS			
EXCAVACIÓN EN CORTE ABIERTO			
Excavaciones en corte abierto en suelos (para portales del Túnel)	*M3*	*320,507*	*8,580*
Excavaciones en corte abierto en roca (para el portal de la ventana)	*M3*	*300*	*18,590*
Remoción de derrumbes	*M3*	*16,000*	*17,160*
EXCAVACIONES SUBTERRÁNEAS			
Excavaciones Suelo Tipo 1	*M3*	*31,732*	*74,360*
Excavaciones Suelo Tipo 2	*M3*	*149,883*	*85,800*
Excavaciones Suelo Tipo 3	*M3*	*132,498*	*91,520*
Excavaciones Suelo Tipo 4	*M3*	*21,098*	*120,120*
Excavaciones Suelo Tipo 5	*M3*	*13,925*	*154,440*
Excavación de la Ventana	*M3*	*1,647*	*143,000*
Excavaciones de los nichos de auxilio y parqueo	*M3*	*4.662*	*42,900*
Excavación subterránea adicional	*M3*	*7,100*	*85,800*
Tuberías de drenaje de 20 cm de diámetro	*M*	*1,200*	*114,000*
Tuberías de drenaje de 30 cm de diámetro	*M*	*900*	*143,000*
Bombeo de agua subterránea en los frentes excavados hacia abajo.	*M3*	*1,630,000*	*715*
ARCOS DE ACERO ESTRUCTURAL			
Arcos de acero estructural	*Kg*	*1,974,540*	*4,290*
PERNOS DE ANCLAJE			

Las consideraciones hasta aquí expuestas ofrecen claridad en cuanto a las responsabilidades asumidas por ambos contratantes en relación con la construcción del Túnel Sumapaz. En efecto, de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas 14.4 y 23.1, era el concesionario el encargado de construir la mencionada obra, para lo cual tendría que ejecutar con cargo al ingreso esperado las distintas actividades de orden constructivo, así como suministrar e instalar los equipos y demás elementos que fueran necesarios para el cabal cumplimiento de dicha obligación, asumiendo, incluso, las cantidades de obra superiores que llegaren a ejecutarse hasta por un 10% adicional frente a las cantidades que para el efecto se habían proyectado en la tabla anteriormente citada.

Ahora bien, en el evento en que las cantidades de obra requeridas para la construcción del Túnel Sumapaz excedieran dicho porcentaje –por circunstancias ajenas o no imputables al concesionario–, se activaría el denominado *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* en los términos estipulados en las cláusulas 13.9, 15.4 y 23 del contrato de concesión, conforme a lo cual sería responsabilidad de la entidad pública contratante, previa solicitud del concesionario, reconocerle y pagarle a modo de compensación las mayores cantidades de obra que se ejecutaran por encima del referido 10%.

Estas acotaciones permiten considerar que en materia de riesgo geológico, desde el contrato mismo se asignaron responsabilidades compartidas entre ambos contratantes, habida cuenta que los dos asumían en este caso unas obligaciones específicas que tenían por objeto mitigar y compensar los efectos desfavorables de este riesgo en particular. Al respecto, la firma EQUITY explicó con detenimiento lo atinente al *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* y su relación con el riesgo geológico, así:

> "*Teniendo en cuenta lo anterior, puede inferirse que el riesgo geológico, desde el punto de vista financiero, tiene un carácter compartido entre el Concesionario y el INCO.*
>
> *"De este modo, de acuerdo a lo establecido en el numeral 15.4 de la Cláusula 15, el INCO asume el riesgo asociado a los efectos desfavorables derivados de la activación del soporte parcial por riesgo geológico del trayecto 9. Este soporte, según lo señalado en la Cláusula 23, le será otorgado al Concesionario únicamente cuando existan cantidades de obra superiores en el trayecto, esto es, si éstas exceden en un 10% los lineamientos establecidos en el numeral 23.10 para cada ítem; y siempre y cuando estos excesos se generen por situaciones diferentes a errores de diseño o construcción cometidos por el Concesionario o asociados a su negligencia. Así mismo, la*

vigencia del soporte parcial por riesgo geológico tendrá lugar únicamente durante la construcción y rehabilitación del Trayecto 9.

"Por su parte, según lo estipulado en el numeral 14.4 de la Cláusula 14 del Contrato de Concesión GG-040-2004, el Concesionario asume el riesgo geológico asociado a la construcción del trayecto 9 que no se encuentre cubierto por el soporte parcial por riesgo geológico que el INCO se compromete a otorgar en el numeral 13.9 de la Cláusula 13."[351]

En resumen, tratándose del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, es importante resaltar que dicha figura fue contemplada por los contratantes a manera de garantía u obligación contingente cuyo objeto era compensar económicamente al concesionario por el acaecimiento de unas circunstancias futuras e inciertas, las cuales estaban representadas para el caso concreto en la eventual ejecución de mayores cantidades de obra para construir el Túnel Sumapaz, destacado en todo caso que dicha compensación cubriría únicamente las cantidades que fueran superiores en un 10% a las que se habían estimado en la tabla anteriormente relacionada y cuya causa u origen no correspondiera a errores de diseño o de construcción imputables a la sociedad concesionaria.

vi. El reconocimiento y pago de la compensación por activación del Soporte Parcial por Riesgo Geológico

Teniendo en cuenta el alcance de la garantía parcial que se contempló en el contrato de concesión a manera de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, así como las condiciones o requisitos estipulados para su activación, es menester abordar lo atinente al trámite o procedimiento definido en la cláusula 23 para la liquidación, el reconocimiento y el pago de esta compensación, a fin de establecer con base en ello lo acontecido en el caso concreto y, puntualmente, el supuesto incumplimiento alegado por la sociedad concesionaria en su demanda.

Como ya se dijo, la garantía o soporte parcial estipulado en el contrato para compensar los efectos del riesgo geológico en la construcción del Túnel Sumapaz, se activaba al verificarse que las cantidades de obra ejecutadas con tal objeto eran superiores al 10% en relación con aquéllas que habían sido estimadas en la tabla contenida en la cláusula 23.10. Ahora bien, según lo estipulado en la cláusula 23.3, "*... el Concesionario y el Interventor mensualmente contabilizarán todas las cantidades de obra realmente ejecutadas por el Concesionario, que correspondan a los ítems de obra respecto de los cuales se concede el soporte parcial de que trata la presente cláusula. En tales*

[351] Página 65 del Informe Inicial contentivo del dictamen pericial financiero rendido por la firma Equity.

actas se dejará constancia, por parte del Interventor, de las cantidades de obra ejecutadas, cuyo origen se deba a errores de diseño o construcción atribuibles al Concesionario, o a su negligencia o a su culpa" –subraya del Tribunal–.

De esta forma, la interventoría, en conjunto con el concesionario, eran los encargados de efectuar el cálculo mensual de las mayores cantidades de obra ejecutadas para la construcción del Túnel, relacionando a través de actas los resultados correspondientes y precisando en las mismas los ítems o actividades frente a las cuales se aplicaría la compensación por soporte parcial. En el evento en que existieran desacuerdos o diferencias al respecto, la interventoría debía informar de tal aspecto a la entidad contratante en un término no mayor a cinco (5) días, quien, a su vez, tendría que pronunciarse sobre el particular dentro de los treinta (30) días siguientes al recibido de la comunicación.

Continúa señalando la cláusula 23.3 que en el evento en que la entidad contratante no se pronunciara dentro del término establecido para tal efecto o que persistiera en todo caso el desacuerdo referido a las mayores cantidades de obra, el asunto sería sometido a la decisión de un amigable componedor, quien determinaría los ítems y las cantidades realmente ejecutadas, siguiendo para tal efecto el procedimiento contemplado en la cláusula 60 subsiguiente, frente a lo cual vale reiterar que las partes podían también acudir directamente al arbitraje para resolver este tipo de controversias, tal como se dijo en capítulos precedentes.

Definidas las mayores cantidades de obra a reconocer de acuerdo con este procedimiento, la cláusula 23.5 del contrato de concesión estipulaba en cabeza del concesionario el deber de presentar la respectiva cuenta de cobro ante la contratante, dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción del acta mensual correspondiente. Dichas cantidades se pagarían de conformidad con los precios unitarios establecidos en la tabla contenida en la cláusula 23.10, previa actualización de los mismos de acuerdo con la fórmula dispuesta en el último inciso de la cláusula 23.5.

No sobra advertir que de conformidad con la cláusula 23.6 del contrato, en el evento en que el concesionario no presentara la mencionada cuenta de cobro durante el término contemplado para tal efecto, "*... el Concesionario perderá su derecho a reclamar las sumas derivadas del Soporte Parcial por Riesgo Geológico*".

Definido en estos términos el procedimiento contemplado contractualmente para realizar el cálculo y la liquidación de las cantidades de obra ejecutadas en exceso y para las cuales aplicaba el *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* –

según las condiciones antes señaladas–, es determinante en este orden hacer referencia al mecanismo de pago estipulado en las cláusulas 23.7 y 25 del contrato de concesión, en las que se reguló en detalle la forma en que se pagaría esta compensación, incluyendo los plazos e intereses correspondientes.

Las mencionadas cláusulas refieren a tres mecanismos de pago, a saber: la Subcuenta de Excedentes de INCO, el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales y el presupuesto propio del INCO. De manera concreta, se regló la forma de pago de las compensaciones por *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, así:

Primero, en el evento en que se contara con recursos en la Subcuenta de Excedentes del INCO, la entidad contratante ordenaría el pago de la respectiva compensación con cargo a esta subcuenta, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de presentación de la cuenta de cobro por parte del concesionario, término durante el cual se reconocerían intereses remuneratorios. Ahora, si llegare a verificarse que dicha subcuenta contaba con los recursos suficientes para el pago, pero se incumplía dicha obligación en el plazo indicado, se causaban intereses de mora conforme a lo contemplado en la cláusula 66 del contrato de concesión.

Segundo, dado el caso en que la Subcuenta de Excedentes del INCO no contara en todo o en parte con los recursos requeridos para el pago de la compensación, la entidad contratante pagaría el total o la diferencia –según fuera el caso– con los recursos que estuvieren disponibles en el denominado Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de presentación de la cuenta de cobro, término durante el cual no se reconocerían intereses remuneratorios. Así mismo, de llegarse a verificar que en el Fondo de Contingencias contaba con los recursos suficientes para el pago, pero se incumplía dicha obligación en el plazo indicado, se causaban intereses de mora conforme a lo contemplado en la cláusula 66 del contrato de concesión.

Y ***tercero***, de constatarse que el INCO no contaba con recursos o que los depositados en la Subcuenta de Excedentes del INCO y el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales no fueran suficientes para cubrir la compensación, dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro por parte del concesionario, la entidad pública contratante tenía que suscribir un acta (resolución) en la que se indicaran las sumas pendientes de pago por concepto de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, las cuales debían cancelarse con las apropiaciones presupuestales del INCO –que serían depositadas en el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales–, antes de

dieciocho (18) meses contados a partir del acta o resolución correspondiente. Durante este plazo, se reconocerían intereses remuneratorios a una tasa del DTF más siente puntos porcentuales (7%) y vencido dicho término, se causarían intereses de mora conforme a lo contemplado en la cláusula 66 del contrato de concesión.

De manera expresa, la cláusula 23.7 estipuló en este sentido lo siguiente:

> *"23.7 El INCO pagará las sumas a que se refiere el numeral 23.6 anterior, de la siguiente manera:*
>
> *23.7.1. Si se cuenta con recursos en la Subcuenta de Excedentes del INCO,* ***el INCO ordenará el giro de la suma derivada del Soporte Parcial por Riesgo Geológico, dentro de los siguientes treinta (30) Días Calendario****. Durante este término no se causarán intereses remuneratorios a favor del Concesionario. En caso de que se cuente con recursos en la Subcuenta de Excedentes de INCO y se presentare incumplimiento en los plazos de pago se causarán intereses de mora de acuerdo con lo estipulado en la CLÁUSULA 66.*
>
> *"En caso de que se llegaran a presentar durante un periodo, reclamaciones como resultado del Soporte Parcial por Reducción de Ingresos y Devaluación y como resultado del Soporte Parcial por Riesgo Geológico, el Soporte Parcial por Reducción de Ingresos y Devaluación, con cargo a la Subcuenta de Excedentes de INCO tendrá prelación de pago.*
>
> *"23.7.2 Si no se cuenta con parte o la totalidad de los recursos para realizar el Pago por el Soporte Parcial por Riesgo Geológico en la Subcuenta de Excedentes de INCO,* ***el INCO deberá pagar al Concesionario la suma total derivada del Soporte Parcial por Riesgo Geológico o la diferencia entre el monto derivado de la (sic) Soporte Parcial por Riesgo Geológico y los recursos disponibles en la Subcuenta de Excedentes de INCO, con los recursos disponibles en el Fondo de Contingencias dentro de los siguiente treinta (30) Días Calendario a la presentación de la cuenta de cobro respectiva****, en los términos y condiciones previstos en la CLÁUSULA 25. Durante este término no se causaran intereses remuneratorios a favor del Concesionario. En caso de que cuente con recursos en el Fondo de Contingencias y se presentare incumplimiento en los plazos de pago se causarán intereses de mora de acuerdo con lo estipulado en la CLÁUSULA 66.*
>
> *"23.7.3 Si el INCO no cuenta con recursos o fueren insuficientes lo que se encuentren disponibles en la Subcuenta de Excedentes del INCO, o en el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales para el pago del Soporte Parcial por Riesgo Geológico,* ***el INCO suscribirá dentro de los treinta (30)***

Días Calendario siguientes a la presentación de la cuenta de cobro a que se refiere el numeral 23.6, un acta en que conste las sumas pendientes de pago derivadas del Soporte parcial por Riesgo Geológico, las cuales deberán ser canceladas por el INCO, a través del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales, antes del vencimiento de los dieciocho (18) meses contados a partir de la suscripción del acta correspondiente*. Durante este término se causaran intereses remuneratorios equivalentes al DTF mas siete por ciento (7%) sobre el monto adeudado, sin que en ningún caso los intereses remuneratorios pueden exceder la tasa moratoria máxima permitida por la Ley. Vencido este plazo sin que el INCO haya hecho los pagos, se causarán intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la CLÁUSULA 66 de este Contrato."* –Destaca el Tribunal–

En concordancia con lo anterior, la cláusula 25 del contrato de concesión se refirió también a los mecanismos de pago de la compensación por concepto de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, reiterando las tres posibilidades de remuneración contempladas para tal efecto en la cláusula 23.7, en los siguientes términos:

"CLÁUSULA 25. MECANISMO DE PAGO DE LOS SOPORTES

"El INCO pagará, las sumas derivadas del Soporte Parcial por Reducción de Ingresos y Devaluación y del Soporte Parcial por Riesgo Geológico, establecidos en la CLÁUSULA 24 y la CLÁUSULA 23 respectivamente, a través de los tres mecanismos de pago siguientes, los cuales se utilizarán en el orden que a continuación se enuncia:

"25.1 Subcuenta de Excedentes INCO

"Si el INCO cuenta con recursos en la Subcuenta de Excedentes del INCO, el INCO ordenará el giro del monto causado por concepto del Soporte Parcial por Reducción de Ingresos y Devaluación y/o el Soporte parcial por Riesgo Geológico, dentro de los treinta (30) Días Calendario siguientes a la suscripción del acta en que conste el reconocimiento de dichos soportes por el INCO. De presentarse incumplimiento en los plazos de pago se causarán intereses de mora sobre el monto disponible en la Subcuenta de Excedentes del INCO para realizar el pago, de acuerdo con lo estipulado en la CLÁUSULA 66.

"25.2 FONDO DE CONTINGENCIAS DE LAS ENTIDADES ESTATALES

"Los valores que se encuentren disponibles para cubrir las obligaciones contingentes que surgen del presente Contrato a cargo del INCO –en cumplimiento de las normas que le son aplicables, especialmente la Ley 448 de 1998 y su decreto reglamentario 423 de 2001, o las normas que las

modifiquen, aclaren, deroguen o adicionen- y que dicha entidad haya aportado al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales administrado por la Fiduciaria La Previsora (o el fondo que lo reemplace para cumplir similares funciones) podrán ser utilizadas por el INCO para cubrir parte o la totalidad de sus obligaciones de pago, una vez se hubiere acudido a la Subcuenta de Excedentes del INCO en los términos del numeral 25.1 anterior. En consecuencia, se entenderá que el INCO solo estará obligado a cubrir con las sumas disponibles en la Subcuenta de Excedentes de INCO y las que resulten de la aplicación del Soporte Parcial por Reducción de Ingresos y Devaluación y del Soporte Parcial por Riesgo Geológico.

"El monto de los recursos disponibles en el Fondo de Contingencias deberán ajustarse al finalizar cada año de acuerdo con la metodología aprobada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Los valores aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en Comunicación fechada el 2 de septiembre de 2003, para el Plan de Aportes al Fondo de Contingencias corresponden a los que se expresan en la siguiente tabla:

AÑO	*MONTO APROBADO PARA EL FONDO DE CONTINGENCIAS (en millones de pesos de diciembre de 2002)*
2005	*6.777,19*
2006	*8.618,58*
2007	*6.547,10*
2008	*3.920,30*
2009	*3.323,31*
2010	*803,69*

"25.3 Presupuesto INCO

"Si el INCO no cuenta con recursos o fueren insuficientes los que se encuentran disponibles en la Subcuenta de Excedentes del INCO, o en el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales para el pago del Soporte Parcial por Reducción de Ingresos y Devaluación y/o el Soporte parcial por Riesgo Geológico, el INCO suscribirá dentro de los treinta (30) Días Calendario siguientes a la ocurrencia de la contingencia un acta en que conste las sumas pendientes de pago derivadas del Soporte Parcial por Reducción de Ingresos y Devaluación y/o el Soporte parcial por Riesgo Geológico, las cuales deberán ser canceladas por el INCO antes del

vencimiento de los dieciocho (18) meses contados a partir de la suscripción del acta correspondiente. Durante este término se causarán intereses remuneratorios equivalentes al DTF más siete por ciento (7%) sobre el monto adeudado, sin que en ningún caso los intereses remuneratorios pueden exceder la tasa de mora máxima permitida por la Ley. Vencido este plazo sin que el INCO haya hecho los pagos, se causarán intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la CLÁUSULA 66 de este Contrato." –Subraya del Tribunal–

El panorama contractual que se ha expuesto permite entender el objeto, las condiciones y el trámite de aplicación y pago de las compensaciones correspondientes al *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, el cual –vale recordar–fue estipulado en el contrato a manera de obligación contingente con el ánimo de remunerar las mayores cantidades de obra que llegaren a ejecutarse para la construcción del Túnel Sumapaz, por encima del 10% de las cantidades que se habían estimado en la tabla contenida en la cláusula 23.10 antes citada.

Son del todo determinantes las anteriores consideraciones a efectos de estudiar en concreto la pretensión 7 declarativa que ha formulado la sociedad convocante, como quiera que corresponden a las condiciones contractuales que regularon el *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* y, puntualmente, los requisitos para su aplicación, el trámite para la liquidación o cálculo de las mayores cantidades de obra que cubría esta garantía y la forma de pago de las respectivas compensaciones.

En este entendimiento, es preciso establecer a continuación la forma en que se activó la mencionada garantía parcial en el contrato de marras, a fin de establecer las mayores cantidades de obra que se liquidaron o calcularon al respecto y los montos correspondientes a las mismas, para referir después a los trámites surtidos o a las decisiones adoptadas por la entidad pública contratante para cumplir con el pago correspondiente. De manera puntual, se precisarán las actas y/o las resoluciones mediante las cuales se efectuó el reconocimiento del Soporte Parcial por Riesgo Geológico, determinándose el respectivo valor y los pagos realizados por la entidad contratante.

vii. La activación del Soporte Parcial por Riesgo Geológico en el marco del contrato de concesión No. GG-040-2004 – Las mayores cantidades de obra ejecutadas para la construcción del Túnel Sumapaz, las resoluciones de reconocimiento de las respectivas compensaciones y los pagos realizados

Considerando que el presente acápite tiene por objeto estudiar y decidir lo referido al supuesto incumplimiento de la entidad pública contratante en cuanto al pago de un saldo adeudado por concepto de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, es menester señalar como punto de partida del análisis propuesto que la construcción del Túnel Sumapaz dio lugar, en efecto, a la ejecución de mayores cantidades de obra por encima del 10% del margen contemplado en la cláusula 23, circunstancia que produjo o motivó la activación de la referida obligación contingente o garantía parcial en beneficio de la sociedad concesionaria.

Esta conclusión inicial se desprende de las distintas resoluciones expedidas en su momento por el INCO[352], mediante las cuales se declaró expresamente la ocurrencia o concreción de la contingencia geológica dentro del contrato de concesión No. GG-040-2004 y, en consecuencia, se reconoció y se ordenó el pago de diferentes valores a favor del concesionario como compensación de las cantidades de obra que se ejecutaron en exceso para la construcción del Túnel Sumapaz.

Ahora bien, en cuanto a los valores que fueron calculados y reconocidos a manera de compensación por la activación del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, es menester referir inicialmente a la información que sobre este particular reportó la firma interventora ConCol y B&A a través de comunicación No. 01-3121-2011 fechada de veintitrés (23) de mayo de 2011[353], en la cual se indicaron las sumas totales que fueron liquidadas por este concepto, las resoluciones mediante las cuales se efectuaron los respectivos reconocimientos por parte de la entidad pública contratante y las fechas de presentación de las cuentas de cobro correspondientes.

Destacando que la mencionada comunicación fue tenida en cuenta por la firma Equity al elaborar la experticia financiera rendida en el marco de este trámite arbitral[354], el Tribunal observa que de acuerdo con los cálculos allí efectuados, el valor total de las compensaciones que se liquidaron y reconocieron a título de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* correspondió a la suma de **$54.555'077.310**, la cual fue discriminada por la Interventoría, así:

[352] Se trata, entre otras, de las Resoluciones INCO No. 475, 507, 508, 509, 510 y OP516 de 2008; 152, 238, 239, 546, 560, 561, 562, 563, 564 y 565 de 2009; 049, 050, 051, 052, 053 y 061 de 2010.
[353] Cuaderno de Pruebas No. 15 – Folios 317 a 322.
[354] Página 81 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación del Dictamen Pericial Financiero rendido por la firma EQUITY.

Periodo	*Valor Facturado Corrientes*	*No. Resolución*	*Fecha de Resolución*	*Fecha Radicación cuenta de cobro en el INCO*
Ene 07 - Ene 08	*8.404.021.772*	*152*	*6-mar-09*	*16-feb-09*
Febrero de 2008	*435.018.727*	*546*	*5-dic-09*	*5-dic-08*
Marzo de 2008	*405.652.350*	*507*	*20-nov-08*	*2-sep-08*
Abril de 2008	*1.439.307.054*	*508*	*20-nov-08*	*22-jul-08*
Mayo de 2008	*997.128.907*	*OP 516*		*23-jul-08*
Junio de 2008	*1.297.545.153*	*475*	*29-oct-08*	*21-ago-08*
Julio de 2008	*444.021.043*	*509*	*20-nov-08*	*17-oct-08*
Agosto de 2008	*454.095.388*	*510*	*20-nov-08*	*11-nov-08*
Septiembre de 2008	*439.501.525*	*239*	*13-may-09*	*15-dic-08*
Octubre de 2008	*1.061.957.714*	*238*	*13-may-09*	*19-ene-09*
Noviembre de 2008	*677.709.826*	*565*	*19-oct-09*	*15-jul-09*
Diciembre de 2008	*1.078.899.793*	*563*	*19-oct-09*	*15-jul-09*
Enero de 2009	*462.030.634*	*564*	*19-oct-09*	*4-ago-09*
Febrero de 2009	*219.165.956*	*562*	*19-oct-09*	*4-ago-09*
Marzo de 2009	*908.099.880*	*561*	*19-oct-09*	*22-may-09*
Abril de 2009	*2.257.283.515*	*560*	*19-oct-09*	*22-may-09*
Cantidades de obra no concordadas en abril de 2009	*3.461.606.615*	*061*	*9-feb-10*	*4-ago-09*
Abril 26 al 30 de 2009	*479.962.559*	*053*	*3-feb-10*	*12-ago-09*
Mayo de 2009	*1.611.759.693*	*052*	*3-feb-10*	*20-oct-09*
Junio de 2009	*2.559.351.879*	*051*	*3-feb-10*	*25-ago-09*
Julio de 2009	*2.585.514.356*	*050*	*3-feb-10*	*20-oct-09*
Agosto de 2009	*2.305.253.319*	*049*	*3-feb-10*	*20-oct-09*
Septiembre de 2009	*1.750.182.296*	*NA*	*NA*	*25-oct-10*
Octubre de 2009	*3.072.517.345*	*NA*	*NA*	*25-oct-10*
Noviembre de 2009	*2.841.921.430*	*NA*	*NA*	*25-oct-10*
Diciembre de 2009	*1.854.322.264*	*NA*	*NA*	*25-oct-10*
Enero de 2010	*2.757.086.237*	*NA*	*NA*	*25-oct-10*
Febrero de 2010	*5.872.298.866*	*NA*	*NA*	*25-oct-10*
Marzo de 2010	*2.421.861.214*	*NA*	*NA*	*10-dic-10*
Total	***54.555.077.310***			

Destacando que la citada comunicación tenía fecha de veintitrés (23) de mayo de 2011, momento para el cual se había culminado con la construcción del Túnel

Sumapaz, hecho que tuvo lugar en diciembre de 2010[355], es claro para el Tribunal que la suma allí indicada por la Interventoría correspondía al valor total de las compensaciones que fueron calculadas y reconocidas a título de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, resultado que coincide con lo expuesto por la firma Equity en su experticia financiera, donde se concluyó expresamente, "*... que el sobrecosto asociado al soporte parcial por riesgo geológico fue de COP 54.555 MM corrientes, según lo establecen las cuentas de cobro presentadas por la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. entre Enero de 2007 y Marzo de 2010 y el informe del Interventor*"[356] –subraya del Tribunal–.

Continuando con la lectura de la comunicación estudiada, el Tribunal encuentra que la Interventoría se encargó también de informar el valor que por tal concepto había pagado la entidad pública contratante para ese momento, el cual correspondía a **$22.982'24.675**, sumando capital e intereses, según la tabla siguiente:

Fecha	*Valor ($)*	*Abono Intereses ($)*	*Abono Capital ($)*
22-sep-08	*997.128.907*	*36.409.168*	*960.719.739*
12-dic-08	*2.601.313.934*	*158.321.499*	*2.442.992.435*
17-feb-08	*1.874.325.781*	*11.674.297*	*1.862.651.484*
13-abr-08	*4.466.870.285*	*342.273.797*	*4.124.596.488*
27-abr-09	*2.400.000.000*	*31.262.802*	*2.368.737.198*
16-sep-10	*439.501.525*	*439.501.525*	*0*
11-oct-10	*10.202.884.243*	*2.570.929.060*	*7.631.955.183*
Total	***22.982.024.675***	*3.590.372.147*	*19.391.652.528*

Con fundamento en estos resultados, concluyó la Interventoría en su comunicación que para el veintitrés (23) de mayo de 2011, la entidad pública contratante adeudaba por concepto de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* la suma total de **$37.086'934.238**, incluyendo capital e intereses.

Posteriormente, a solicitud de la Interventoría, la Fiduciaria de Occidente S.A. expidió la Constancia No. 0247 de nueve (9) de septiembre de 2011[357], la cual da cuenta que para el treinta y uno (31) de agosto de 2011, se habían realizado pagos concernientes al *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, por una suma total de **$54.463'787.116**. De manera concreta, se dijo en la mencionada constancia que:

[355] Así lo indicó el perito técnico, doctor Héctor Parra Ferro, en la página 8 de 12 del Informe presentado en septiembre de 2013, pregunta No. 21.
[356] Página 81 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación del Dictamen Pericial Financiero rendido por la firma EQUITY.
[357] Cuaderno de Pruebas No. 20 – Folio 388.

"LA FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. como vocera del FIDEICOMISO 3-4-1318 CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. con NIT. 830.054.076-2 hace constar que:

"De acuerdo con los registros en el balance del fideicomiso al corte de 31 de Agosto de 2011 y de conformidad con el contrato de Concesión GG-040-2004 y sus modificaciones, específicamente la cláusula vigésima tercera (Soporte Parcial por Riesgo Geológico) se tiene la suma de $54.463.878.116,00, con el siguiente detalle,

FECHA	*VALOR*
[ilegible]	*$ 997.128.907*
12/12/2009	*$ 2.601.313.934*
17/12/2008	*$ 1.874.235.781*
13/04/2009	*$ 4.466.870.285*
27/04/2009	*$ 2.400.000.000*
16/09/2010	*$ 439.501.525*
11/10/2010	*$ 10.202.884.243*
23/06/2011	*$ 10.911.673.007*
09/08/2011	*$ 20.570.089.434*
TOTAL	***$ 54.463.697.116***

"La presente se expide a solicitud de la interventoría designada por el INCO, Consorcio Concol & B y C, el nueve (09) de septiembre de 2011."

La constancia citada permite advertir al Tribunal que los pagos efectuados por la entidad pública contratante por concepto de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* pasaron de **$22.982'024.675** en mayo de 2011, a **$54.463'697.116** en septiembre del mismo año, lo cual significa que, con posterioridad a la comunicación de la Interventoría que se estudió párrafos atrás (23 de mayo de 2011), la entidad pública contratante realizó pagos adicionales por **$31.481'762.441**, correspondientes a *(i)* la suma de $10.911'673.007 el 23 de junio de 2011 y *(ii)* a la suma de $20.570'089.434 el 09 de agosto de 2011.

Sin perder de vista que en la constancia analizada no se diferencian o disgregan las sumas pagadas por capital e intereses, puede advertirse que para la fecha de su expedición quedaba, entonces, un saldo pendiente de pago que correspondía a la diferencia entre los **$37.086'934.283** que según la

Interventoría se adeudaban para el veintitrés (23) de mayo de 2011 y los **$31.481'762.441** que se pagaron con posterioridad a esa fecha.

Esta conclusión adquiere marcada relevancia para el caso concreto, pues, si bien es cierto que la entidad pública contratante realizó dos pagos en los meses de junio y agosto de 2011 por un monto total de **$31.481'762.441** –según lo informó la fiduciaria en el cuadro anteriormente relacionado–, también es cierto que la suma adeudada ascendía a **$37.086'934.283**, circunstancia que demuestra que efectivamente existía para agosto de 2011 un saldo pendiente por pagar a favor de la sociedad concesionaria por más de cinco mil millones (COP$5000 MM).

Si se tiene en cuenta, entonces, que la demanda arbitral reformada fue presentada el veinticinco (25) de agosto de 2011, puede advertirse de manera diáfana que para esa fecha sí se adeudaba un saldo por concepto de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* a favor de la contratista; sin embargo, debe destacarse que la información dada por la fiduciaria y por la misma Interventoría sobre esta materia no permite identificar a que correspondía el valor adeudado, esto es, a cuál de todas las actas y/o resoluciones proferidas por el INCO concernía dicho saldo y si se trataba de intereses remuneratorios o moratorios.

Esta circunstancia es importante en atención a que, sólo la plena certeza sobre el particular permitiría realizar un juicio referido al cumplimiento oportuno de la obligación de pago por parte de la entidad pública contratante, ya que la cláusula 23.7 del contrato de concesión se encargó de establecer distintos plazos para el pago de las compensación por la activación del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, estipulando, incluso, que en el evento en que la entidad expidiera una resolución reconociendo el valor adeudado, tendría hasta dieciocho (18) meses de plazo para realizar el pago correspondiente –clausula 23.7.3–.

Así las cosas, el hecho de no tener certeza sobre la causa o la razón específica del valor que se adeudaba para el mes de agosto de 2011, vale decir, del acta o la resolución a la cual correspondía dicho saldo, impide al Tribunal adelantar un análisis de cumplimiento desde el punto de vista temporal, como quiera que no se cuenta con los elementos de juicio necesarios para establecer de manera concreta si dicho saldo correspondía a una resolución cuyo pago estaba aún en tiempo o fuera oportuno para ese momento o si, por el contrario, dicha obligación ya se encontraba en mora.

Vale considerar igualmente que esta información tampoco fue suministrada en su momento por la apoderada judicial de la sociedad convocante en su demanda, pues allí se indicó simplemente que para la fecha de presentación de

la misma existía un saldo pendiente de pago por capital e intereses a título de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, pero nada se dijo en cuanto a la causa o motivo de dicha deuda, es decir, no se precisó a qué resolución en concreto correspondía el mencionado saldo.

Estas consideraciones permiten establecer igualmente que no le asiste la razón al apoderado judicial de la entidad pública convocada cuando afirmó en el escrito de contestación a la demanda arbitral reformada, presentado el doce (12) de septiembre de 2011, que para ese momento su representada había efectuado en debida forma los pagos correspondientes al *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* y que solo adeudaba por tal concepto la suma de $91'137.814. En efecto, al observar las pruebas examinadas anteriormente, está demostrado que para el mes de agosto de 2011 la entidad pública contratante adeudaba a la concesionaria un valor superior a los COP$5000 MM, de ahí que no era cierto que para el momento de la contestación su deuda se reducía únicamente a la suma de $91'137.814, pues la misma era superior.

Luego de la constancia de la fiduciaria examinada en la precedencia, la firma interventora expidió una nueva misiva refiriéndose también a esta materia en particular. Se trata de la comunicación de dieciocho (18) de abril de 2012, con radicado No. 01-2416-2012[358], mediante la cual se actualizó "*... a marzo de 2012 la liquidación de la deuda por concepto de SOPORTE PARCIAL POR RIESGO GEOLÓGICO*", determinándose al respecto que "*... las actas de pago facturadas por este concepto en términos corrientes suman en total* ***$54.555.077.310.00***", conforme a lo indicado en la tabla que a continuación se relaciona:

	Periodo	***Valor Facturado Corrientes***	***Valor Facturado $ dic/02***	***No. Resolución***	***Fecha de Resolución***	***Fecha Radicación cta cobro revisión INTERV***
1	*feb-08*	*435.018.727*	*325.132.236*	*546*	*5-dic-08*	*8-may-08*
2	*mar-08*	*405.652.350*	*303.194.912*	*507*	*20-nov-08*	*14-may-08*
3	*abr-08*	*1.439.307.054*	*1.067.123.710*	*508*	*20-nov-08*	*26-jun-08*
4	*may-08*	*997.128.907*	*734.061.178*	*OP 516*		*23-jul-08*
5	*jun-08*	*1.297.545.153*	*946.437.355*	*475*	*29-oct-08*	*21-ago-08*
6	*jul-08*	*444.021.043*	*321.091.056*	*509*	*20-nov-08*	*17-oct-08*
7	*ago-08*	*454.095.388*	*326.800.188*	*510*	*20-nov-08*	*11-nov-08*
8	*sep-08*	*439.501.525*	*315.697.953*	*239*	*13-may-09*	*15-dic-08*
9	*oct-08*	*1.061.957.714*	*764.262.290*	*238*	*13-may-09*	*19-ene-09*

[358] Cuaderno de Pruebas No. 61 – Folios 311 a 323.

10	Ene 07 - Ene 08	8.404.021.772	6.448.726.427	152	6-mar-09	16-feb-09
11	mar-09	908.099.880	632.292.089	561	19-oct-09	22-may-09
12	abr-09	2.257.283.515	1.571.702.123	560	19-oct-09	22-may-09
13	nov-08	677.709.826	479.735.542	565	19-oct-09	15-jul-09
14	dic-08	1.078.899.793	763.728.895	563	19-oct-09	15-jul-09
15	ene-09	462.030.634	324.346.348	564	19-oct-09	4-ago-09
16	feb-09	219.165.956	153.076.477	562	19-oct-09	4-ago-09
17	Cantidades de obra no concordadas (abril-09)	3.461.606.615	2.417.759.378	061	9-feb-10	4-ago-09
18	abril 26 al 30 2009	479.962.559	334.678.130	053	3-feb-10	12-ago-09
19	jun-09	2.559.351.879		051	3-feb-10	25-ago-09
20	may-09	1.611.759.693	1.123.880.830	052	3-feb-10	20-oct-09
21	jul-09	2.585.514.356	1.783.467.972	050	3-feb-10	20-oct-09
22	ago-09	2.305.253.319	1.802.880.437	049	3-feb-10	20-oct-09
23	sep-09	1.750.182.296	1.607.454.277	335	23-jun-11	25-oct-10
24	oct-09	3.072.517.345	1.218.959.671	335	23-jun-11	25-oct-10
25	nov-09	2.841.921.430	2.142.172.032	335	23-jun-11	25-oct-10
26	dic-09	1.854.322.264	1.984.166.327	335	23-jun-11	25-oct-10
27	ene-10	2.757.086.237	1.295.370.076	335	23-jun-11	25-oct-10
28	feb-10	5.872.298.866	1.924.533.182	335	23-jun-11	25-oct-10
29	mar-10	2.421.861.214	4.071.199.990	335	23-jun-11	10-dic-10
	Total	**54.555.077.310**	**37.183.931.081**			

Al revisar la información contenida en la citada tabla, el Tribunal observa que la suma correspondiente a la liquidación de las compensaciones por aplicación del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, coincide exactamente con el que se había indicado en la primera comunicación de la Interventoría con fecha de veintitrés (23) de mayo de 2011, de manera que puede concluirse a este respecto que el valor total calculado y reconocido por concepto de esta garantía parcial a raíz de la construcción del Túnel Sumapaz, ascendió en definitiva a **$54.555'077.310**.

De otro lado, la Interventoría tuvo en cuenta para ese momento los nuevos pagos efectuados por la entidad pública contratante, señalando en este sentido que para la fecha de su comunicado se había cancelado a la sociedad concesionaria un monto total de **$54'463.940.495**, el cual discriminó entre capital e intereses, de la siguiente forma:

Fecha	Valor ($)	Intereses	Capital

22-sep-08	*997.128.907*	*13.751.208*	*983.377.699*
12-dic-08	*2.601.313.934*	*78.022.039*	*2.523.291.895*
17-dic-08	*1.874.325.781*	*12.411.532*	*1.861.914.249*
13-abr-09	*4.466.870.285*	*309.846.060*	*4.157.024.225*
27-abr-09	*2.400.000.000*	*22.712.047*	*2.377.287.953*
16-sep-10	*439.501.525*	*439.501.525*	*0*
11-oct-10	*10.202.884.243*	*2.293.812.688*	*7.909.071.555*
23-jun-11	*10.911.726.168*	*2.322.864.656*	*8.588.861.512*
09-ago-11	*20.570.189.652*	*374.291.999*	*20.195.897.653*
Total	***54.463.940.495***	*5.867.213.754*	*48.596.726.741*

Con fundamento en estos cálculos actualizados y luego de liquidar los intereses adeudados, la Interventoría concluyó que, "*... con corte a 31 de marzo de 2012, por concepto de capital debe la suma de $5.958.351.569.00, y por concepto de intereses se debe la suma de $449.568.452, para un total de la deuda de* ***$6.407.920.021*** *(en términos corrientes)*" –subraya del original–.

Fueron claros los términos expuestos por la firma interventora en la mencionada comunicación, de conformidad con lo cual se evidencia que, para el mes de "*marzo*" de 2012, la entidad pública contratante adeudaba a la sociedad concesionaria la suma de **$6.407'920.021**, a título de compensaciones por la aplicación del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, monto que incluía el capital y los intereses que fueron liquidados por la Interventoría hasta la fecha antes señalada.

En todo caso, el Tribunal advierte que más allá de conocer la suma adeudada para el mes de marzo de 2012, no tiene información adicional que le permita establecer a qué acta o resolución correspondía este saldo adeudado y tampoco si los intereses a que refiere la Interventoría en esta comunicación son remuneratorios o moratorios, de manera que en este caso se carece también de elementos de juicio que permitan realizar un análisis dirigido a establecer si la entidad obligada se encontraba o no en el tiempo contractualmente previsto para cumplir oportunamente con el pago en mención.

Reposa también en el expediente la comunicación con radicado No. 01-4244-2012, proferida por la Interventoría el veintiocho (28) de junio de 2012, en la que se informó nuevamente sobre la liquidación del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, reiterándose al respecto que el valor total de las compensaciones calculadas y reconocidas por este concepto era de **$54.555'077.310**, discriminado así:

	Periodo	Valor Facturado Corrientes	Valor Facturado $ dic/02	No. Resolución	Fecha de Resolución	Fecha Radicación cta cobro revisión INTERV
1	feb-08	435.018.727	325.132.236	546	5-dic-08	8-may-08
2	mar-08	405.652.350	303.194.912	507	20-nov-08	14-may-08
3	abr-08	1.439.307.054	1.067.123.710	508	20-nov-08	26-jun-08
4	may-08	997.128.907	734.061.178	OP 516		23-jul-08
5	jun-08	1.297.545.153	946.437.355	475	29-oct-08	21-ago-08
6	jul-08	444.021.043	321.091.056	509	20-nov-08	17-oct-08
7	ago-08	454.095.388	326.800.188	510	20-nov-08	11-nov-08
8	sep-08	439.501.525	315.697.953	239	13-may-09	15-dic-08
9	oct-08	1.061.957.714	764.262.290	238	13-may-09	19-ene-09
10	Ene 07 - Ene 08	8.404.021.772	6.448.726.427	152	6-mar-09	16-feb-09
11	mar-09	908.099.880	632.292.089	561	19-oct-09	22-may-09
12	abr-09	2.257.283.515	1.571.702.123	560	19-oct-09	22-may-09
13	nov-08	677.709.826	479.735.542	565	19-oct-09	15-jul-09
14	dic-08	1.078.899.793	763.728.895	563	19-oct-09	15-jul-09
15	ene-09	462.030.634	324.346.348	564	19-oct-09	4-ago-09
16	feb-09	219.165.956	153.076.477	562	19-oct-09	4-ago-09
17	Cantidades de obra no concordadas (abril-09)	3.461.606.615	2.417.759.378	061	9-feb-10	4-ago-09
18	abril 26 al 30 2009	479.962.559	334.678.130	053	3-feb-10	12-ago-09
19	jun-09	2.559.351.879		051	3-feb-10	25-ago-09
20	may-09	1.611.759.693	1.123.880.830	052	3-feb-10	20-oct-09
21	jul-09	2.585.514.356	1.783.467.972	050	3-feb-10	20-oct-09
22	ago-09	2.305.253.319	1.802.880.437	049	3-feb-10	20-oct-09
23	sep-09	1.750.182.296	1.607.454.277	335	23-jun-11	25-oct-10
24	oct-09	3.072.517.345	1.218.959.671	335	23-jun-11	25-oct-10
25	nov-09	2.841.921.430	2.142.172.032	335	23-jun-11	25-oct-10
26	dic-09	1.854.322.264	1.984.166.327	335	23-jun-11	25-oct-10
27	ene-10	2.757.086.237	1.295.370.076	335	23-jun-11	25-oct-10
28	feb-10	5.872.298.866	1.924.533.182	335	23-jun-11	25-oct-10
29	mar-10	2.421.861.214	4.071.199.990	335	23-jun-11	10-dic-10
	Total	**54.555.077.310**	**37.183.931.081**			

A renglón seguido, se reiteró en este comunicado que para la fecha de su expedición, la entidad pública contratante había pagado por este preciso

concepto la suma de **$54.463'940.495**, circunstancia que permite constatar que desde la última comunicación expedida por la firma interventora el dieciocho (18) de abril de 2012, no se realizó pago alguno a la concesionaria a título de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*.

Vale destacar en todo caso que en esta oportunidad la Interventoría actualizó la liquidación de la deuda por *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, determinando sobre este particular que, "*... con corte 30 de junio de 2012, por concepto de capital se debe la suma de $6.348.722.286.00, y por concepto de intereses se debe la suma de $736.225.148 para un total de la deuda de $7.084.947.433*".

De acuerdo con esta información, el Tribunal observa que para el treinta (30) de junio de 2012 existía un saldo pendiente por pagar a favor de la sociedad concesionaria de **$7.084.947.433**, incluyendo capital e intereses de conformidad con la liquidación que realizó para ese momento la firma interventora.

No obstante lo anterior, debe advertirse nuevamente que ninguna información se tiene en cuanto a las actas o resoluciones a las cuales correspondía este saldo pendiente de pago, circunstancia que –según se ha dicho– impide al Tribunal realizar un juicio de cumplimiento en lo que tiene que ver con la oportunidad o el tiempo en que debía efectuarse el pago de esta deuda. Se destaca en este sentido que ni la prueba pericial ni la prueba documental que reposa en el expediente se refieren a este asunto en particular.

Con posterioridad a la mencionada comunicación, se expidió por parte de la Fiduciaria de Occidente S.A. una nueva Constancia identificada con el No. 0437 de veintitrés (23) de agosto de 2013 –la cual fue relacionada en el dictamen financiero rendido por la firma Equity[359]–. En este documento se actualizaron y detallaron los pagos realizados por la entidad pública contratante para dar cumplimiento a sus obligaciones referidas al *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, señalándose al respecto que para julio de 2013 se había pagado por este concepto la suma total de **$59.921'493.555**, de conformidad con los siguientes datos:

> *LA FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A como vocera del FIDEICOMISO 3-14-13-18 CONCESION AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A con NIT. 830-054-076-2 hace constar que: De acuerdo con los registros del balance del fideicomiso al corte del 31 Julio de 2013 y de conformidad con el contrato de Concesión GG-040-2004 y sus modificaciones, específicamente la cláusula vigésima tercera (Soporte Parcial por Riesgo Geológico) se tiene que la ANI ha cancelado la suma de **$59.921.493.555**, con el siguiente detalle:*

[359] Páginas 82 y 83 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Financiero rendido por la firma EQUITY.

1. Consignados por la ANI (antes INCO)		
Fecha		***Valor***
17/12/2008		*$4.475.639.715,00*
13/04/2009		*$4.466.870.285,00*
01/10/2010 (sic)		*$10.202.884.243,00*
01/06/2011		*$10.911.726.169,00*
01/08/2011 (sic)		*$20.570.189.652,00*
31/12/2012		*$91.087.105,00*
Total		***$50.718.397.169,00***
2. Por traslados desde la Subcuenta de Excedentes del INCO		
Fecha	***OPE***	***Valor***
30/09/2008	*FP 516*	*$997.128.907,00*
27/04/2009	*FP 590*	*$2.400.000.000,00*
16/09/2010	*FP 757*	*$439.501.525,00*
01/10/2012	*FP 1050*	*$5.366.465.954,00*
Total		***$9.203.096.386,00***

Según la información relacionada en esta constancia, el Tribunal encuentra que la entidad pública contratante realizó pagos adicionales para cubrir las compensaciones *sub examine*, con posterioridad a la última comunicación de la Interventoría fechada de veintiocho (28) de junio de 2012. De manera concreta, había señalado la firma interventora en este comunicado que para junio de 2012 los pagos realizados por la entidad pública contratante ascendían a **$54.463'940.495**, mientras que la nueva constancia de la fiduciaria daba cuenta que los pagos actualizados a julio de 2013 alcanzaban la suma total de **$59.921'493.555**.

De manera puntual, el valor adicional que fue pagado al concesionario correspondió, de un lado, a la suma de $5.366'465.954, que se canceló el primero (1°) de octubre de 2012 y, de otra parte, a los $91'087.105, pagados el treinta y uno (31) de diciembre de 2012, para un total de **$5.457'553.059**.

Ahora, si se tiene en cuenta que de acuerdo con la liquidación efectuada por la Interventoría en su comunicación de veintiocho (28) de junio de 2012, el saldo adeudado para ese momento era de **$7.084.947.433**, es claro para el Tribunal que los pagos realizados posteriormente por **$5.457'553.059**, no alcanzaron a cubrir la deuda en su totalidad, quedando entonces un saldo pendiente por pagar correspondiente a la diferencia entre ambos montos.

En este punto adquiere total relevancia la prueba testimonial del proceso, la cual demuestra que la entidad pública contratante pagó en su totalidad el valor que fue reconocido durante la ejecución del contrato por la aplicación del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, incluyendo, claro está, el mencionado saldo pendiente. En efecto, aunado a las pruebas que se han relacionado en la precedencia, las cuales dan cuenta del pago de una suma total de **$59.921'493.555** en razón de las compensaciones reconocidas por este concepto a favor de la concesionaria, debe resaltarse que el señor Carlos Collins –al rendir su testimonio en este trámite arbitral– manifestó de manera categórica y definitiva que para la fecha de su declaración la entidad pública contratante ya había pagado en su totalidad los sumas correspondientes a esta obligación contingente.

Sobre este particular, el señor Collins señaló en su testimonio practicado el primero (1°) de agosto de 2013[360], que para esa fecha la entidad pública contratante ya había pagado en su totalidad las compensaciones por *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* y que, en consecuencia, ya no le adeudaban nada a la concesionaria por este preciso concepto. En el mencionado testimonio –el cual se cita *in extensum* debido a su pertinencia frente a la materia estudiada– se dijo lo siguiente:

> *"DR. CÁRDENAS: Otro tema que se invoca en la demanda es el tema del riesgo geológico, se dice que hay un incumplimiento de la ANI en esa materia, que no (sic) habido el pago que corresponde.*
>
> *"SR. COLLINS: **Ya lo hubo**. El túnel era la obra más importante que se había que hacer como lo dije yo, y en el túnel estaba estipulado en sus cláusulas que se hacía de acuerdo a una geología que estaba supuesta, si la geología cambiaba entonces había que reconocerle al contratista unos dineros por el cambio de geología, más o menos eso estaba estipulado.*
>
> *"DR. ARANGO: Como así una geología supuesta, hicieron estudio de geología antes de celebrar el contrato, y antes de proponer la licitación, había un estudio geológico.*
>
> *"SR. COLLINS: Había un estudio geológico pero muy somero. La construcción de túneles los terrenos por los cuales uno va (sic) atravesar están clasificados de acuerdo a un señor que es el papá de esta vaina, se llama... están clasificados en terrenos 1, 2, 3, 4, y 5.*
>
> *"El 1 es bueno para túneles, qué es bueno para túneles, que sea bien duro, la roca más dura que usted encuentre ese es buenísimo, y el terreno que es*

[360] Cuaderno de Pruebas No. 31 – Folio 33.

blando, que se saca con la mano, que no sé qué, ese es el malísimo para túnel porque es que el túnel se le viene encima, usted hace la excavación y se cae el techo cuando el terreno es así mal. De acuerdo a esas clasificaciones hay un seguro que los constructores de túneles tenemos, y es, oiga, si estamos haciendo este precio basado en que hay tanta longitud en tal terreno, tanta longitud en tal terreno, y tanta longitud en tal terreno, si eso cambia, entonces usted me paga por aparte, toda entidad ya sabe eso y lo acepta; yo precisamente ahora mismo tengo la reunión a la cual ustedes me van a permitir ir es para el riesgo geológico del túnel de la línea porque estamos en las mismas.

"Entonces aquí había un supuesto de terreno tipo 1 tanta longitud, terreno tipo 2 tanta longitud, terreno tipo 3 tanta longitud, terreno tipo 4; cuando se entra a hacer el túnel y se hace, las condiciones geológicas cambian, ahora eso no es una cosa como que yo como constructor digo, óyeme, sabe qué es que ya no hay terreno no, no, eso tiene que ser es el interventor y la entidad los que lo aceptan.

"En eso no hubo discrepancia la verdad, o sea, la clasificación final que producía el riesgo geológico no hubo discrepancia pero eso producía una plata, una plata que tenía que pagarnos la ANI o el INCO en ese entonces a nosotros por riesgo geológico, estaba previsto en el contrato, no hubo discusión de que no, que es que tú me estás metiendo más de terreno no, no, no hubo discusión pero no pagaron la plata, o sea, se determinó la plata pero no la pagaban, eso me ayuda para un tema.

"DR. CÁRDENAS: ¿Por qué no le pagaban, es la pregunta, qué invocaba la entidad pública para no pagar ese dinero?

"SR. COLLINS: Ahí sí, no pagaba, no se me da la gana, la verdad es que no pagaba porque no se le daba la gana, o porque no tenía la plata, no sé, eso de todas maneras si quiero que quede claro, para la ANI, para el INCO, si bien lo tiene previsto conceptualmente va (sic) haber un riesgo geológico, no lo tiene previsto presupuestalmente porque no sabe cuánto es, entonces cuando ya sale el riesgo geológico y ya se materializa en una cifra tampoco se le puede pedir a la ANI que tenga la plata empacada para que mire, aquí está su plata, esas son las demoras.

"DR. GÓMEZ: Pero en el 2011 se declara la ocurrencia de la contingencia geológica en el contrato, se reconocen unos recursos además para el contratista, ¿esos recursos se entregaron?

"SR. COLLINS: Pero es que el túnel se terminó en el 2010.

"DR. GÓMEZ: Por eso, pero en el 2011 declararon la ocurrencia, la Resolución 335.

*"SR. COLLINS: **Sí, sí, comenzaron a pagar**.*

*"DR. GÓMEZ: **Pero sí pagaron**.*

*"SR. COLLINS: **Ya lo pagaron, yo lo primero que hablé fue, ya no me deben nada.***

*"DR. CÁRDENAS: **¿Cuándo lo pagaron, recuerda usted?***

"SR. COLLINS: Perdón.

*"DR. CÁRDENAS: **¿Recuerda la época en que se pagó?***

*"SR. COLLINS: **Por ahí como a mediados del año pasado.***

"DR. CÁRDENAS: 2012 a mediados.

*"SR. COLLINS: **Lo último, porque lo último que quedaron debiendo fue algo así como 7 mil millones y eso se cruzó contra una plata**, no fue que la pagaron tampoco sino que dentro de la demanda de reconvención de la ANI por los dineros que la ANI decía que nosotros les debíamos, había una cosita donde tenían la razón, no todas, pero (sic) esa tenían la razón, y era que nosotros teníamos que poner una plata en la cuenta de predios, algo así como 19 mil millones que se volvían 23 por el cambio de yo no sé qué, y esos 23 mil millones nos lo pagaba la ANI en vigencias futuras, por decir algo, en el 2013 nos daban 39 mil, bueno allá ellos... una parte de la plata que teníamos que meter. Entonces cuando nosotros, ya en la litis del Tribunal de Arbitramento oímos los argumentos de la ANI, ese argumento yo lo acepté, verdad que sí, estamos debiendo esa plata pero como ellos nos están debiendo los 8 mil de predios que le dimos desde el 2005 y nos están debiendo la otra plata del riesgo geológico pues crucémosla y eso fue lo que hicimos, **la cruzamos y ya ellos no nos debían riesgo geológico ni nosotros debíamos la plata que teníamos que meter en la cuenta de predios**."*[361] –Subraya y negrita el Tribunal–

Como puede advertirse, fue enfático el testimonio del señor Collins al manifestar que para la fecha de su declaración ya se habían pagado en su totalidad los valores correspondientes a las compensaciones que fueron reconocidas al concesionario por concepto de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*. Para el Tribunal, este testimonio es del todo determinante a fin de resolver la pretensión 7 declarativa, habida cuenta que se trata del dicho de uno de los socios de la concesionaria que demostró un vasto conocimiento sobre el proyecto y,

[361] Cuaderno de Pruebas No. 31 – Folios 30 a 35.

concretamente, de las distintas vicisitudes que se presentaron durante su ejecución.

Considerando que en estos términos queda demostrado el pago total de las compensaciones reconocidas a favor del concesionario a título de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, el Tribunal considera importante volver al contenido de la Constancia No. 0437 de veintitrés (23) de agosto de 2013 –antes estudiada–, habida cuenta que las pruebas del proceso han permitido establecer que los **$91'087.105** a que se refiere dicha constancia y que de acuerdo con la misma fueron pagados el treinta y uno (31) de diciembre de 2012, correspondían a un saldo pendiente del valor que fue reconocido mediante la Resolución No. 052 de tres (3) de febrero de 2010.

En efecto, al revisar el contenido de la comunicación ANI con radicado No. 2012-305-013674-1, con fecha de veintiséis (26) de octubre de 2012[362], puede observarse que a través de ésta la entidad pública contratante emitió una orden dirigida a la Fiduprevisora S.A. para que pagara al concesionario la suma de **$91'087.105**, correspondiente a un saldo pendiente por pagar de la Resolución No. 052 de tres (3) de febrero de 2010. La misiva en comento señaló al respecto que:

> "*Teniendo en cuenta los recursos existentes en la fiduciaria para el pago de riesgo geológico, nos permitimos solicitar un pago por el saldo de la Resolución 052 del 03 de Febrero de 2010, por valor de $91.087.105, cuya cuenta de cobro, actas reconocidas y autorización por parte de la concesión para que la Fiduprevisora realice la transferencia se remitió para el pago parcial ordenado en septiembre de 2010 mediante orden de operación R-18 del 30 de septiembre de 2010.*" –Subraya del Tribunal–

Como puede advertirse, en este caso existe plena certeza de que la suma de **$91'087.105** correspondía a un saldo pendiente de pago de la Resolución No. 052 de 2010, circunstancia que permite adelantar un juicio de cumplimiento en cuanto a la oportunidad del pago que en otros eventos se ha visto truncado dada la falta de elementos probatorios que impide adelantar este tipo de análisis.

Puntualmente, si se considera que la compensación que fue reconocida mediante Resolución No. 052 de 2010 refiere a la aplicación del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* para el mes de mayo de 2009 y, además, que la respectiva cuenta de cobro por el valor correspondiente fue radicada por el concesionario el veinte (20) de octubre de 2009 –según lo precisó la Interventoría en las comunicaciones antes estudiadas–, es claro para el Tribunal

[362] Cuaderno de Pruebas No. 25 – Folio 25.

que el pago del saldo pendiente de dicha resolución se realizó de manera extemporánea, habida cuenta que éste se efectuó pasados más de 43 meses contados a partir del periodo en el cual se aplicó el soporte parcial (mayo de 2009), más de 38 meses después de radicada la respectiva cuenta de cobro y casi 35 meses después de expedida la mencionada Resolución No. 052 de 2010.

No hay duda en este caso que la entidad pública incumplió parcialmente con su obligación de pago del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, en lo que tiene que ver con el pago oportuno del saldo o de la parte que estaba pendiente de la Resolución No. 052 de 2010 (**$91'087.105**), pues, si se tiene en cuenta que la cláusula 23.7 del contrato de concesión No. GG-040-2004, estipuló el término de dieciocho (18) meses como plazo máximo para cancelar estas compensaciones, queda demostrado que tratándose de este específico evento se configuró un claro incumplimiento contractual atribuible a la entidad pública contratante, como quiera que –valga la reiteración– no pagó en tiempo el saldo que estaba pendiente de la Resolución No. 052 de 2010, tal como se declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

En todo caso, pese a estar demostrado en estos términos el incumplimiento parcial de la entidad convocada debido al pago extemporáneo de la suma en mención (**$91'087.105**), el Tribunal deja expresa constancia que no cuenta en el *sub judice* con los elementos de juicio necesarios para calcular y decretar un eventual reconocimiento económico a título de intereses moratorios por tal concepto, toda vez que, ***primero***, de este preciso aspecto concerniente al reconocimiento y cálculo de intereses, no reposa en el expediente prueba alguna que estuviere dirigida a demostrar y a liquidar a favor de la sociedad concesionaria un monto por concepto de intereses por la extemporaneidad del pago en mención, pues, ni los peritos designados por el Tribunal y tampoco las experticias de parte se refirieron puntualmente a este asunto en particular y, ***segundo***, porque el Tribunal tampoco tiene certeza de acuerdo con la información que reposa en el expediente de si este valor correspondiente a la suma de **$91'087.105**, se adeudaba al concesionario por concepto de capital o de intereses, aspecto del todo relevante si se fuere a realizar directamente la liquidación de intereses de mora, so pena de incurrir en el pago de intereses sobre intereses. Por estas razones, hay que concluir que por este preciso aspecto no se decretará reconocimiento económico alguno a favor de la concesionaria.

Así las cosas, destacando que la prueba documental y pericial anteriormente estudiada permitió verificar al Tribunal que la entidad pública contratante había

pagado para diciembre de 2012[363] una suma total de **$59.921'493.555**, a efecto de cubrir las compensaciones reconocidas por concepto de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* y, además, considerando que el señor Carlos Collins manifestó de manera diáfana y categórica que para la fecha de su testimonio no se adeudaba suma alguna por este preciso aspecto, es imperioso concluir que la entidad pública convocada efectuó el pago de la totalidad de los valores correspondientes al *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* y, por tanto, no adeuda suma alguna por este concepto específico.

El análisis probatorio realizado en este capítulo permite concluir de manera general que los valores de las compensaciones reconocidas a favor del concesionario por la activación del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, incluyendo capital e intereses, fueron pagados o abonados en su totalidad por la entidad pública contratante. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la oportunidad de estos pagos, el Tribunal reitera que no se aportó al proceso la información necesaria para realizar este juicio de orden temporal, al punto en que no se pudo establecer de manera específica por cuáles actas o resoluciones se adeudaban los montos pendientes de pago y tampoco a cuáles de ellas debían imputarse los pagos efectuados por la contratante. En otras palabras, no cuenta el Tribunal con los insumos probatorios suficientes para adelantar desde el punto de vista temporal este análisis de cumplimiento, como sí ocurrió con el saldo pendiente de la Resolución No. 052 de 2010 –según quedó visto–.

Sin perder de vista esta conclusión general y la importancia que denota la misma frente al *sub judice*, es relevante para el Tribunal señalar también que en el plenario quedó demostrado: ***primero***, que para la fecha de presentación de la demanda arbitral reformada, esto es, para el veinticinco (25) de agosto de 2011, sí existía un saldo pendiente de pago a favor de la sociedad concesionaria, por concepto de *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*; sin embargo, no se demostró en el plenario que la suma adeudada para ese momento estuviera en mora, al punto en que el Tribunal no pudo realizar juicio alguno sobre el particular debido a que no se indicó por parte de la convocante y tampoco se demostró con las pruebas arrimadas y practicadas en el proceso a qué acta o resolución correspondía dicho monto, lo cual impidió que pudiera determinarse si para ese momento aún estaba vigente el plazo para efectuar oportunamente el pago correspondiente o si el mismo ya se encontraba vencido; ***segundo***, que está probado que para el mes de agosto de 2011 la entidad pública contratante adeudaba a la concesionaria un valor superior a los COP$5000 MM, de ahí que no era cierto lo expuesto por el apoderado judicial de la entidad convocada

[363] Véase Constancia No. 0437 de 2013 expedida por la Fiduciaria de Occidente S.A. (Páginas 82 y 83 del Informe de respuesta a las solicitudes de Aclaración y Complementación al Dictamen Pericial Financiero rendido por la firma EQUITY)

cuando señaló que para esa fecha la deuda por *Soporte Parcial por Riesgo Geológico* se reducía únicamente a la suma de $91'137.814; y ***tercero***, que de acuerdo con las pruebas del proceso, el Tribunal pudo establecer que tratándose del pago del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, la entidad pública contratante incumplió parcialmente el contrato solo en lo que tiene que ver con el no pago oportuno del saldo que estaba pendiente de la Resolución No. 052 de tres (3) de febrero de 2010, el cual correspondía a la suma de $91'087.105; sin embargo, no se reconocerá suma alguna por tal aspecto en atención a que dicho saldo fue pagado el treinta y uno (31) de diciembre de 2012 y, además, no se demostró en el plenario que debiera reconocerse una suma a título de intereses a raíz de tal circunstancia.

En estos términos, recordando que en la pretensión 7 declarativa de la demanda arbitral reformada se pidió "*[d]eclarar el incumplimiento grave del INCO en el pago del riesgo geológico y los correspondientes intereses contractualmente determinados*", el Tribunal accederá parcialmente a dicho pedimento, advirtiendo que el incumplimiento demostrado no fue "grave" debido a que se pagó la suma total adeudada y que solo se demostró el pago extemporáneo de la suma de $91'087.105, vale decir, si bien el Tribunal accederá parcialmente a la mencionada pretensión, lo hará única y exclusivamente en el sentido de declarar el incumplimiento parcial del contrato por parte de la entidad pública convocada por el hecho de haber pagado por fuera de tiempo o luego de vencido el plazo correspondiente el saldo que estaba pendiente de la Resolución No. 052 de tres (3) de febrero de 2010, vale decir, la suma de $91'087.105.

Debe entenderse de esta forma que la presente declaración de incumplimiento parcial concierne única y exclusivamente al hecho de haber pagado extemporáneamente el saldo que adeudaba de la compensación reconocida en la Resolución No. 052 de 2010 –según se expuso *supra*–, sin que se extienda dicha declaración a los demás aspectos o circunstancias referidas al pago del mencionado *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, pues quedó probado en el proceso que la entidad pública demandada pagó en su totalidad las compensaciones por la activación del *Soporte Parcial por Riesgo Geológico.*

Por su parte, teniendo en cuenta que en la excepción novena la entidad pública convocada propuso la excepción de pago, el Tribunal la tendrá por demostrada en atención a que está probado en el proceso que la entidad pública pagó en su totalidad el valor de las compensaciones calculadas y reconocidas como *Soporte Parcial por Riesgo Geológico.* Ahora –como ya se ha dicho–, debe considerarse de manera expresa que no tenía la razón el apoderado judicial de la parte convocada cuando manifestó en el marco de la mencionada excepción novena que, para ese momento, lo único que adeudaba era el saldo pendiente de la

Resolución No. 052 de 2010, habida cuenta que en el plenario se demostró que para la fecha de la contestación de la demanda (12 de septiembre de 2011) se adeudaba una suma superior a COP$5000 MM por *Soporte Parcial por Riesgo Geológico*, la cual, en todo caso, fue pagada en su totalidad por la entidad contratante.

K. ESQUEMA DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS

i. Pretensiones

En la reforma a la demanda arbitral la demandante solicitó:

> *"1. DECLARAR en interpretación de la Cláusula 37, modificada por los Otrosíes 4, 6, 14 y 17 del Contrato de Concesión GG-040-2004, sobre quién recae el riesgo predial y de redes de servicio público del contrato."*
> *"B. REDES DE SERVICIOS PUBLICOS*
>
> *"4.2. DECLARAR que la obligación económica del CONCESIONARIO y el riesgo en materia de redes de servicios públicos contemplada en la Cláusula 37.19.1., ascienden a la suma de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS ($4.000'000.000), y que una vez superado este monto, el costo debe ser asumido por el INCO durante los siguientes 18 meses a una tasa del DTF+7.*
>
> *"4.3. DECLARAR el incumplimiento grave del INCO en el pago correspondiente a redes de servicios públicos".*

ii. Posición de la parte convocante

Como fundamento de sus pretensiones la parte convocante se refirió a la Cláusula 37.19.1 del Contrato y al Apéndice 2, página 2, numeral 1. Generalidades para señalar que las dos estipulaciones se contradicen. Por lo anterior considera que deben aplicarse las normas sobre ambigüedades contenidas en el Código Civil y en la ley 80 de 1993 debiendo interpretarse a favor del concesionario. Agrega que los costos de redes hacen parte de un riesgo determinado, asignado y cuantificado por la misma entidad.

Agrega adicionalmente que de conformidad con la cláusula 75 del Contrato *"las condiciones expresadas en el presente Contrato prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del mismo. Sujeto a lo anterior, los*

demás documentos deben entenderse como explicativos, pero en caso de discrepancias sobre su contenido, debe prevalecer el Contrato." Por lo anterior concluye que el Apéndice 2 es explicativo y que en caso de discrepancia entre la cláusula 37.19.1 y el mencionado Apéndice sobre las redes de servicios públicos, prevalece el texto contractual tal y como lo ha manifestado el concesionario, por lo cual deberá interpretarse que el riesgo y la obligación a partir de los 4 mil millones allí determinados, son de la ANI.

Así mismo se refiere al dictamen de EQUITY INVESTMENT S.A.S. (Cuaderno de Pruebas 30 folio 180) el cual señala que el riesgo del sobrecosto de redes de servicios públicos, desde el punto de vista financiero, tiene un carácter compartido entre el INCO y el Concesionario, pues el INCO se compromete a asumir con cargo a sus apropiaciones presupuestales el pago de los sobrecostos de reubicación de servicios públicos que excedan los COP 4,000 MM de Diciembre de 2002 estimados inicialmente para este fin. Igualmente se refiere al dictamen de NEXUS S.A.S. (Cuaderno de Pruebas 97 folio 25), que igualmente señala que el riesgo de sobrecosto de redes de servicios públicos, desde el punto de vista financiero, tiene un carácter compartido entre el INCO y el Concesionario.

Se refiere a la cláusula 37.19 y señala que de ella se puede concluir que es obligación del Concesionario aportar mayores valores de redes cuando estas superen los COP 4.000 m de diciembre de 2002 inicialmente estimados, siempre y cuando puedan cubrirse con el aporte adicional de COP 9.000 millones de diciembre de 2002 y hasta la suma predeterminada para el riesgo predial (27 mil millones).

Por otra parte, expresa que es obligación del INCO asumir el pago de los excedentes en redes, cuando los recursos aportados por el Concesionario resultaran insuficientes.

Agrega que de acuerdo con la comunicación CABG-IN-0045-14, la CABG ha sufragado por redes de servicios públicos COP 3.206 millones de diciembre de 2002, en exceso de aquellas asignadas en el contrato a su cargo y el INCO no ha sufragado ni mitigado dicho riesgo hasta el momento.

Expresa que aunque en el presente Tribunal no se solicitó el reconocimiento y pago de las redes de servicios públicos (asunto del Tribunal 2) adeudadas a CABG, el valor de las redes de servicio públicos ejecutadas por CABG por encima de los 4 mil millones de la cláusula 37.19.1 fueron dictaminadas en la Pericia de Parte del Doctor Guijo, en el marco del Tribunal 2, quien señaló que

"el monto por el traslado de las redes de servicios públicos en los que ha incurrido la CABG es de un valor de $6.224.957.271 pesos moneda corriente."

iii. Posición de la demandada

La parte convocada se refiere igualmente al texto del numeral 37.19 de la cláusula 37, modificada a través de la cláusula primera del Otrosí No. 6 del 20 septiembre de 2005 y al apéndice 2. A tal efecto sseñala que es importante distinguir, porque no lo hace el concesionario, entre las redes que se encuentran en derecho de vía y las redes que se encuentran en los predios privados y que requieran ser trasladadas por la implementación del proyecto vial. En efecto, respecto de las primeras el riesgo del traslado de las redes corresponde exclusivamente al Concesionario, mientras que las segundas corresponden en principio al concesionario hasta la cuantía de $4.000.000.000, y lo que exceda de esa cantidad será financiada por este y luego reembolsada por la ANI a una tasa comercialmente más que atractiva.

Advierte que de la lectura integral del texto de este apartado del Contrato, se puede concluir con meridiana claridad que aquéllas actividades constructivas, refiriéndose específicamente al traslado de redes, que signifiquen una afectación predial, el Concesionario deberá proceder en la forma prevista en la cláusula 37, siempre que el traslado de estas redes se encuentren por fuera del derecho de vía y que tengan que ser reubicadas o restituidas.

Agrega en relación con la ejecución de las obras del Trayecto 1 que involucran la adecuación del mismo al Sistema Integrado de Transporte Masivo, que su tratamiento contractual se encuentra previsto en los Otrosíes Nos. 8 y 18 respectivamente, de conformidad con lo el cual "se ejecutarán las obras necesarias para la adecuación al sistema de Transporte Masivo y de las calzadas de tráfico mixto que incluye las redes sanitarias, de acueducto, de energía eléctrica, redes telefónicas, semaforización electrónica y redes de gas, pagaderas a los precios unitarios indicados por los estudios y diseños adelantados por el Instituto de Desarrollo Urbano, por las cantidades de obra realmente ejecutadas en el momento de su ejecución." Precisa que estas obras se encuentran debidamente pagadas por la convocada a través del Otrosí No. 15 de diciembre de 2007.

Expresa que una cosa distinta sucede cuando el traslado o reubicación de dichas redes no compromete o no genera una afectación predial fuera del derecho de vía, circunstancia bajo la cual ha de aplicarse lo previsto en el Numeral 1 – Generalidades del Apéndice 2 del Contrato, "ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCIÓN", de conformidad con el cual "los trámites y obras

requeridas en las redes de servicios públicos para cumplir con las especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación, serán realizados por cuenta y riesgo del Concesionario, lo cual implica que los costos de los mismos serán asumidos por el Concesionario, salvo que exista acuerdo en contrario entre la entidad propietaria de las redes y el INCO,...".

Así las cosas, entonces es preciso identificar cuales redes se encontraron en derecho de vía y cuales en los predios privados. Explica que por no hacer esta distinción cardinal la primera interventoría del contrato en carta del 26 de enero de 2009 dirigida al Subgerente de Gestión Contractual del INCO, concluyó erradamente que para ese momento ya se habían agotado los $4.000.000.000 para el pago de los traslados de las redes, pero posteriormente el segundo interventor de la obra Consorcio Concol B&C mediante carta del 26 de abril de 2012 dirigida a la ANI, demostró con base en la propia información del Concesionario, que no era cierto que se hubiesen agotado los $4.000.000.000 que contractualmente estaban previstos para financiar el traslado de las redes ubicadas en predios privados.

Expresa que esta estimación de CONCOL trató de ser desvirtuada por el concesionario, alegando que la evaluación solamente correspondía a traslado de redes posteriores a la estimación realizada por el primer interventor, lo cual fue desmentido por CONCOL en carta posterior en la que hubo de reiterar que su evaluación comprendía todo el periodo contractual levantada con soporte en la totalidad de los informes suministrados por el Concesionario.

Manifiesta la Convocada que está probado en el proceso que respecto de las redes en el derecho de vía la financiación de los traslados es de riesgo exclusivo de concesionario, y que en el traslado de las otras redes, solamente se han invertido $254.401.581 de diciembre de 2002, es decir, ni se han agotado los $ 4.000.000.000, ni menos se han invertido recursos adicionales que hayan tenido que ser financiados por el concesionario y reembolsados por la ANI.

Agrega que en el dictamen pericial de HECTOR PARRA, a la pregunta de la cual de las dos redes se aplicaba el riesgo, inequívocamente contestó que todas estaban a cargo del Concesionario, obviamente en el entendido de que las redes encontradas en predios privados el traslado sería financiado preliminarmente con recursos del concesionario hasta $4.000.000.000 y de allí en adelante el financiaría el exceso para posterior reembolso de la ANI. Para tal propósito igualmente se refiere a las declaraciones de Diego Hernando Cuevas Eslava, quien para la fecha de su declaración se desempeñaba como director técnico de la CABG, y Ana Milena Medina Carrero, quien se desempeñaba como Gerente Técnica de la CABG.

Agrega que los cobros que ha realizado el Concesionario por el traslado de las redes que dice haber ejecutado en el Trayecto 1, se pagan a precios unitarios, en concordancia con lo previsto en el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del Otrosí No. 18 de abril de 2009, para lo cual se debe contar con todos los soportes y justificaciones para acreditar su pago. Advierte que el Concesionario ha sido renuente en la atención a dicha instrucción con el fin proceder con la verificación de las cantidades de obra para redes que ha ejecutado en el Trayecto 1 a fin de que le sean reconocidas en los términos previstos en el Contrato.

Agrega que a través del Otrosí No. 8 del 20 de septiembre de 2005, se destinaron DIECIOCHO MIL MILLONES DE PESOS ($18.000'000.000) para la ejecución de las redes del Trayecto 1, obras que tienen un tratamiento contractual especial (y que está contemplado en el otrosí referido), como quiera que tienen que ver con la adecuación al Sistema Integrado de Transporte Masivo en el Municipio de Soacha.

Por lo anterior concluye que no ha habido renuencia de la convocada en el reconocimiento y pago de las obras para redes requeridas para el Corredor Vial en general, en los términos del numeral 37.19.1 de la cláusula 37 del contrato, sino una desatención del Concesionario en la presentación de los soportes necesarios para su aprobación, pese a los múltiples requerimientos que en tal sentido ha realizado la Interventoría como se desprende los oficios arriba relacionados.

Por otra parte agrega que a la hora de presentar los alegatos de conclusión el Concesionario no se ha tomado la molestia de acreditar si los $4.000.000.000.oo aportados para el traslado de redes en estos predios privados se agotaron, y si el Concesionario ha financiado sumas superiores, de manera que mientras ello no ocurra mal puede enrostrársele a la ANI ser deudora por este concepto. Reitera que el traslado de redes en predios de vía pública era un riesgo exclusivo del Concesionario.

Por todo lo anterior solicita negar las pretensiones de la demandante.

iv. Consideraciones del Tribunal

La cláusula 37, titulada "Adquisición de predios" en su numeral 37.21, tal como fue modificado a través de la cláusula primera del Otrosí No. 6 del 20 septiembre de 2005, señala:

"37.21 Los pagos que deban hacerse a los titulares de derechos sobre los predios, así como los costos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$4.000.000.000) generados de sobrecostos en el pago de servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos, en los términos del numeral 37.21.1 siguiente, se harán con cargo a la Subcuenta de Predios. De ser insuficientes, se harán con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.10. y 37.11 de esta misma cláusula. El Concesionario se obliga a establecer, en el contrato de fiducia mercantil respectivo, que la Subcuenta de Predios deberá girar los valores correspondientes dentro de los diez (10) Días siguientes a la orden suscrita por el Concesionario, orden en la cual se identificará el beneficiario del pago. Cualquier error en la identificación del beneficiario de los pagos o cualquier pago realizado en exceso será atribuido al Concesionario y en consecuencia éste deberá reembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos pagados por error o en exceso.

"37.22.1 Si se generan sobrecostos asociados al pago de las servidumbres y/o a la reubicación de redes de servicios públicos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$4.000.000.000), éstos serán efectuados con cargo a la Subcuenta de Predios, aplicando para ello un valor por sobrecosto por kilómetro de red de servicio público reubicada de hasta setenta millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$70.000.000).

"En caso de que al totalizar los sobrecostos asociados al pago de las servidumbre y/o reubicación de redes de servicios públicos y los costos de adquisición de predios, se supere la cifra de veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$27.000.000.000), los pagos serán realizados con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.10 y 37.11 de esta misma cláusula." (se subraya)

Por otra parte en el Numeral 1 – Generalidades del Apéndice 2 del Contrato, "ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCIÓN" se expresa:

"El Concesionario deberá respetar la infraestructura de poliductos, gasoductos, acueductos, transporte de energía, fibra óptica y demás redes de servicios públicos que tengan intersecciones con la vía o sean paralelas a ella. Estas estructuras o su diseño solo podrán ser modificados con la previa aprobación de la entidad a la que pertenezcan, para lo cual el Concesionario deberá tramitar los permisos y autorizaciones correspondientes. Lo anterior sin perjuicio que las entidades correspondientes exijan al Concesionario el cumplimiento de requisitos

mínimos para proceder a la eventual modificación de los diseños y al eventual traslado y relocalización de las redes. En todo caso, los trámites y obras requeridas en las redes de servicios públicos para cumplir con las especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación, serán realizados por cuenta y riesgo del Concesionario, lo cual implica que los costos de los mismos serán asumidos por el Concesionario, salvo que exista acuerdo en contrario entre la entidad propietaria de las redes y el INCO,...".(se subraya)

En relación con estas dos estipulaciones contractuales, el Concesionario considera que se contradicen, por lo que debe primar lo pactado en el contrato, en tanto que el Concedente considera que se refieren a temas distintos.

Sobre el particular el Tribunal encuentra lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1622 del Código Civil las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Así mismo, el artículo 1620 del mismo Código señala que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

A la luz de lo anterior, lo primero que se observa es que la interpretación que propone la demandante implica que sólo debe tomarse en consideración el texto de la cláusula 37.21 del Contrato, sin que se le otorgue ningún efecto a la regla contenida en el Apéndice 2 del Contrato. Dicha conclusión desconoce el principio consagrado en el artículo 1620 ya mencionado, que ordena preferir el sentido en que una cláusula puede producir efectos. No sobra destacar que la anterior regla de interpretación parte de una consideración de buen sentido que consiste en señalar que las partes no redactan disposiciones inútiles, y que por ello, si una regla se incluye en un contrato, debe procurarse darle efectos, pues de otra manera se traiciona la voluntad de los contratantes.

Ahora bien, como quiera que la demandante invoca la cláusula 75 del Contrato que establece que *"Las condiciones expresadas en el presente Contrato prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del mismo. Sujeto a lo anterior, los demás documentos deben entenderse como explicativos, pero en caso de discrepancias sobre su contenido, debe prevalecer el Contrato",* es pertinente precisar el contenido de esta última estipulación. A este respecto advierte el Tribunal que dicha cláusula 75 enumera los documentos del contrato "que hacen parte integral del mismo", es decir que deben entenderse incorporados en las estipulaciones contractuales, y fija una regla que determina las relaciones entre los mismos. En esta última parte la

disposición contractual no es del todo clara porque de una parte establece que las disposiciones del Contrato prevalecen sobre cualquier documento que forme parte del mismo, pero de la otra hace referencia a "los demás documentos" sin precisar si son aquellos que forman parte del contrato o si se trata de otros documentos, sin precisar cuáles serían. No obstante en todo caso advierte el Tribunal que la regla que se examina establece que el contrato debe prevalecer sobre los demás documentos que hacen parte del mismo. Ahora bien, es claro que para que se tenga que determinar cuál estipulación debe prevalecer debe haber una discrepancia entre documentos, pues de otra manera simplemente se aplicarían conjuntamente, lo cual implica por consiguiente, que la regla de la cláusula 75 que se estudia debe entenderse en el sentido que si existe una discrepancia entre el contrato y los documentos que forman parte del mismo, prevalece aquél. Ahora bien, una discrepancia sólo puede existir cuando una vez determinado el sentido de las estipulaciones contractuales, es decir interpretado el contrato, se concluye que el sentido de las dos reglas, la contenida en el contrato y la de los documentos contractuales, es contradictorio. Lo anterior conduce a concluir que si se llega a una interpretación que concilia las reglas contenidas en el Contrato y en los documentos anexos, no existe discrepancia y por ende no hay lugar a aplicar la regla de interpretación de la cláusula 75 del Contrato. Así además lo ha expresado la doctrina internacional al precisar que esta clase de estipulaciones que establecen jerarquía entre documentos contractuales sólo deben aplicarse si el contexto del contrato no suministra una respuesta al problema de interpretación.[364]

De esta manera la tarea que inicialmente tiene el juzgador es la de establecer si existe una interpretación que le otorgue efectos a las dos estipulaciones contractuales y que evite la existencia de una discrepancia, cumpliendo además el criterio del artículo 1620 del Código Civil que ordena preferir el sentido en que una cláusula haya de producir efectos, sobre aquél que la prive de efectos.

A juicio del Tribunal dicha interpretación es posible teniendo en cuenta el criterio contemplado por el artículo 1622 del Código Civil.

En efecto el artículo 1622 impone una interpretación sistemática de las estipulaciones contractuales, el cual debe cobijar no sólo el caso de distintas cláusulas contractuales, sino de las diversas estipulaciones contenidas en una misma cláusula contractual. De conformidad con este criterio si las partes incluyen diversos pactos en una misma cláusula ha de entenderse, salvo que existan otras circunstancias que indiquen lo contrario, que todos ellos guardan en principio coherencia con los diferentes asuntos tratados en la cláusula. Lo

[364] Marcel Fontaine. Filip de Ly. Drafting International Contracts. Editorial Brill Nijhoff, 2009, Página 127

anterior es además claro tratándose de contratos complejos que son cuidadosamente elaborados, como ocurre en el caso que se examina.

De esta manera, la regla de la cláusula 37.21 debe interpretarse en armonía con la cláusula de la cual forma parte, esto es la cláusula 37, que se titula de la adquisición de predios y cuyo contenido, si se revisa el texto del conjunto de numerales, se refiere en todo caso a las actividades relativas a la adquisición de predios.

A lo anterior debe agregarse que los pagos a los que hace referencia la cláusula se hacen con cargo a la subcuenta de predios, la cual de acuerdo con el numeral 1.63 del Contrato se nutre con *"los recaudos de Peaje hasta el sexto mes de la Etapa de Preconstrucción y los montos que de conformidad con la CLAUSULA 37 deba realizar el Concesionario a esta subcuenta para la adquisición de los predios necesarios para las Obras de Construcción y Rehabilitación y para la adquisición de los predios necesarios para las Obras de Construcción y Rehabilitación del Trayecto 7 ..."* agrega la cláusula que *"El INCO será el beneficiario de los excedentes de la Subcuenta de Predios, la cual se liquidará al finalizar los pagos correspondientes a la adquisición de predios."* (se subraya)

Así las cosas, lo propio de la subcuenta de adquisición de predios es precisamente financiar la adquisición de predios, y por ello la misma se liquidará una vez finalizados los pagos correspondientes a este concepto.

Por consiguiente, si se interpreta la regla del 37.21 teniendo en cuenta el objeto de la subcuenta de adquisición de predios, debe concluirse que cuando dicha disposición contractual prevé pagos por reubicación de redes, debe entenderse que se refiere a aquella reubicación que se hace necesaria por razón de la adquisición de predios.

Lo anterior implica que en todos los demás casos en los que no se trate de reubicación de redes como consecuencia de la readquisición de predios, debe aplicarse la regla contenida Numeral 1 – Generalidades del Apéndice 2 del Contrato, "ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCIÓN".

Finalmente, debe señalarse que se ha sostenido por la demandante que con el texto del contrato y la ejecución práctica que del mismo realizaron las partes (Interventoría EDL CABG) se acreditó que el contrato de concesión en su cláusula 37.19 (la numeración de esta estipulación según el Otrosí No. 6 es 37.21) dispone un límite al riesgo de traslado de servicios públicos asignado al Concesionario hasta la suma de 4 mil millones de pesos del año 2002, que dicho monto fue cumplido en el año 2009 tal y como lo acreditó la interventoría EDL y

que por ende todas las actividades de redes realizadas o por realizar por CABG a partir de dicha fecha, en los trayectos 2 a 12, debían ser reembolsadas por la ANI.

En relación con este argumento debe observarse que obra en el proceso la Comunicación EDL 2000-BGG-005-048-09 del 26 de enero de 2009 del interventor inicial del contrato dirigida al INCO[365] en la cual el Interventor se refiere al costo del traslado de redes y después de referirse a las comunicaciones del Concesionario señala:

> *"4. Del anterior ejercido se pudo constatar que el valor por concepto de reubicación de redes, a diciembre de 2002 es de $ 4.126,241.170,oo, esto es, una suma superior a los $4.000,000,000.oo previstos en el contrato para el traslado de redes.*
>
> *"...*
>
> *"En este orden de ideas, el presupuesto presentado por el Concesionario se ajusta a la realidad, razón por la cual, se deben ejecutar dichas labores con base en los valores revisados.*
>
> *"Finalmente, las actividades por concepto reubicación de redes que superan los $4.000,000,000.00 previstos en el contrato, deberán pagarse conforme lo señalado en la Cláusula 37.19.1"*

De esta manera, el Interventor señala una suma concreta en que se ha incurrido por reubicación de redes y adicionalmente indica que las actividades de reubicación que superan los $4.000.000.000 deben pagarse conforme a la cláusula 37.19.1. Ahora bien, para determinar el alcance que debe dársele a la comunicación del Interventor es necesario tener en cuenta que la cláusula 69 del Contrato que regula la interventoría establece que *"La vigilancia de la ejecución y cumplimiento del Contrato será ejercida por el INCO a través del Interventor, quien será contratado por el INCO de conformidad con las normas aplicables y el cual representara al INCO ante el Concesionario"*. Por consiguiente, si bien la cláusula contractual establece que el Interventor representa al INCO, dicha facultad es para efectos de la ejecución y cumplimiento del Contrato, lo cual implica que carece de facultades para obrar en otro sentido, y lo que hubiere hecho por fuera de sus atribuciones no vincula a la entidad estatal, como no la vincula a un representado lo que realice un representante excediendo sus facultades (artículos 833 y 841 del Código de Comercio).

[365] Cuaderno de Pruebas 9, folio 362 y siguientes (Expediente Tribunal de Arbitramento Concesión Bogotá Girardot-2).

En este sentido conviene recordar que el Consejo de Estado en sentencia del 19 de octubre de 2011[366] expresó: *"...está claro que un interventor no tiene la posibilidad de modificar las obligaciones de un contrato, porque su obligación dentro de él se reduce a inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones técnicas pactadas inicialmente".*

Por consiguiente, las manifestaciones del Interventor no pueden considerarse equivalentes a las de la entidad estatal para determinar el sentido del Contrato, pues el sólo tiene por función velar por su incumplimiento y por lo mismo la conducta que asuma el interventor en la ejecución del contrato no puede tener igual valor que el comportamiento que observe la parte en la ejecución del contrato.

Así las cosas, ha de concluir el Tribunal que la comunicación que remitió el Interventor sobre el costo de las obras de traslado de redes, así como el monto hasta el cual el concesionario debía asumirlas, no es una interpretación de la parte en el contrato, por lo cual no tiene el alcance que el Código Civil le atribuye a la ejecución práctica del contrato por las dos partes.

Por otra parte vale la pena señalar que en la declaración rendida por el Ingeniero John Jairo Marín en el segundo Tribunal de la CABG vs. ANI el mismo invocó para sostener que la entidad demandada estaba obligada a reconocer el valor de los traslados de redes, una comunicación de la interventoría en relación con un tanque de agua cuyo traslado sería reconocido. A tal efecto expresó el Ingeniero Marín[367]:

> *"En el tanque de Silvania sorpresivamente la interventoría Concol que son los mismos que no nos han reconocido los recursos superiores a los 4 mil dice ese tanque sí lo podemos pagar por la cláusula 37 y yo no encuentro ninguna diferencia entre ese tanque y el poste de luz o la tubería de acueducto o la tubería de alcantarillado, inclusive el tanque ya está funcionando y no lo hemos construido, o sea el tanque está ahí lo que tiene es un riesgo inminente porque está muy cerca a la vía, pero cuando yo con la construcción tenía que levantar la tubería ni siquiera eso nos lo han reconocido, en cambio en el tanque hay concepto de la interventoría que también lo traje que ese dice sí, se puede cargar a la cláusula 37 y no hay, o al menos yo no la veo porque también tiene el concepto jurídico y el concepto técnico, pues en el concepto jurídico se centran en la parte de la*

[366] Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01 18082.
[367] Expediente del Segundo Tribunal de la CABG vs. ANI, Folio 67 del Cauderno de Pruebas No. 19. Prueba Trasladada.

importancia del agua y el agua un derecho y en el técnico hablan del riesgo inminente que corre, pero hoy está funcionando el tanque".(se subraya)

Al respecto advierte el Tribunal al revisar el oficio de la interventoría que obra a folio 357 de Cuaderno de Pruebas No 9 del expediente del proceso de la Concesión Bogotá Girardot contra la ANI, que en dicho oficio se responde una solicitud de la entidad concedente para el análisis y un pronunciamiento por parte de la Interventoría sobre la posibilidad de adquirir un predio para la reubicación del tanque de almacenamiento de agua que suministra el líquido a parte del municipio de Silvania. A tal efecto se señala por la Interventoría:

"1.4. Para el caso concreto, se tiene que el tanque de almacenamiento de agua que actualmente interfiere con la ejecución de las obras del proyecto vial corresponde a una infraestructura que provee del líquido vital a parte importante de la población del municipio.

"Dicho tanque se encuentra ubicado sobre el predio identificado con ficha predial I-R-490 de propiedad de Oscar Eduardo Álvarez Peña, el cual se encuentra en proceso de adquisición con entrega formal, con promesa de compraventa suscrita, de fecha 14 de mayo de 2012."

Como se puede apreciar, la comunicación transcrita guarda coherencia con el criterio que ha adoptado el Tribunal para establecer cuáles obras deben ser asumidas por el Concesionario y cuáles sólo tienen que ser asumidas por él hasta el monto contemplado en la cláusula 37.21. En efecto, el tanque se encuentra en un predio que debía ser objeto de adquisición y es allí donde puede operar la cláusula 37.21 del Contrato.

De todo lo anterior se concluye que cuando el traslado de redes no es consecuencia de la adquisición de predios el costo de dicho traslado corresponde al Concesionario. Por el contrario, cuando se trate de traslados de redes como consecuencia de la adquisición de predios debe tenerse en cuenta que la cláusula 37.21 establece que *"los costos por encima de cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$4.000.000.000) generados de sobrecostos en el pago de servidumbres y/o reubicación de redes de servicios públicos, en los términos del numeral 37.21.1 siguiente, se harán con cargo a la Subcuenta de Predios".*

De este modo solo cuando se trata de traslados de redes por razón de la adquisición de predios, se aplica el principio de que el Concesionario debe asumir los costos hasta un monto de cuatro mil millones de pesos, y que cuando los mismos estén por encima de dicho monto se harán con cargo a la subcuenta de predios, aplicando un valor de sobrecosto por kilómetro de red reubicada de

hasta setenta millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$70.000.000). En todo caso de conformidad con la misma cláusula, si el sobrecosto supera la cifra de veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$27.000.000.000), los pagos serán realizados con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.10 y 37.11 de esta misma cláusula.

Por otra parte en cuanto se refiere a la ejecución de las obras del Trayecto 1 que involucran la adecuación del mismo al Sistema Integrado de Transporte Masivo, las mismas se encuentran sujetas a los Otrosíes Nos. 8 y 18 respectivamente.

A tal propósito el numeral 8º de la cláusula primera del Otrosí No. 8, señala que:

> *"8) Redes: se ejecutarán las obras necesarias para la adecuación al sistema de Transporte Masivo y de las calzadas de tráfico mixto que incluye las redes sanitarias, de acueducto, de energía eléctrica, redes telefónicas, semaforización electrónica y redes de gas,* ***pagaderas a los precios unitarios indicados por los estudios y diseños adelantados por el Instituto de Desarrollo Urbano****, por las cantidades de obra realmente ejecutadas en el momento de su ejecución."*
>
> *"De ser insuficientes, se harán con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.10. y 37.11 de esta misma cláusula. El Concesionario" (se subraya)*

Por consiguiente, las obras que son objeto del Otrosí No. 8 tiene un régimen especial, pues las mismas se pagan a precios unitarios.

v. Conclusión

Por lo anterior, se declarara que el riesgo en materia de servicios públicos es compartido, pues como regla general le corresponde al Concesionario, pues el mismo debe realizar las obras requeridas en las redes de servicios públicos para cumplir con las especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación por su cuenta y riesgo. No obstante la reubicación de redes como consecuencia de la adquisición de predios será de cargo del Concesionario hasta cuatro mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$4.000.000.000) y la sumas por encima de dicho monto se pagarán con cargo a la Subcuenta de Predios. En caso de que al totalizar los sobrecostos asociados al pago de las servidumbre y/o reubicación de redes de servicios públicos y los costos de adquisición de predios,

se supere la cifra de veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$27.000.000.000), los pagos serán realizados con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.10 y 37.11 de la cláusula 37 ($9.000.000.000).

En cuanto a la pretensión 4.2. se declarará que la obligación económica del CONCESIONARIO y el riesgo en materia de redes de servicios públicos contemplados en la Cláusula 37.19.1., que se refiere a los casos de adquisición de predios, ascienden a la suma de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS ($4.000'000.000), y que una vez superado este monto, se debía pagar con cargo a la Subcuenta de Predios. En caso de que al totalizar los sobrecostos asociados al pago de las servidumbre y/o reubicación de redes de servicios públicos y los costos de adquisición de predios, se supere la cifra de veintisiete mil millones de Pesos de diciembre de 2002 (COL$27.000.000.000), los pagos serán realizados con cargo a las apropiaciones presupuestales del INCO y/o los aportes adicionales del Concesionario, según lo previsto en los numerales 37.10 y 37.11 de la cláusula 37, y el valor deberá ser reembolsado por el INCO en un plazo no mayor a 18 meses reconociendo intereses a una tasa del DTF+7.

Finalmente, en lo que se refiere a la pretensión 4.3 el Tribunal no encuentra acreditados los supuestos que dan lugar a que la demandada deba asumir un mayor costo por traslado de redes, por lo que no está probado el incumplimiento grave del INCO en el pago correspondiente a redes de servicios públicos, por lo que se negará la pretensión 4.3., por lo mismo se declarará probada la excepción No 10 de la contestación a la demanda reformada y que la demandada denominó *"del pago de las redes de servicios públicos"*.

7. LA MEDICIÓN DEL ÍNDICE DE ESTADO DE LA VÍA Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. GG-040-2004

La controversia suscitada por las partes

En el marco de la pretensión 6 declarativa, la sociedad convocante formuló los siguientes pedimentos relacionados con el denominado Índice de Estado de la vía:

> *"6.2. DETERMINAR la metodología de medición del índice de estado de la vía exigible a las partes.*

"6.3. DECLARAR que el INCO, directamente y a través de la interventoría, vienen exigiendo una metodología de medición del índice de estado no contemplada en el contrato.

"6.4. DECLARAR que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. cumple con el índice de estado de la vía contemplado en el Apéndice 3 del Contrato."

Seguidamente, la demandante propuso la pretensión 1 declarativa consecuencial en relación con las Especificaciones Técnicas del contrato de concesión –de las cuales hace parte el Índice de Estado–, en los siguientes Términos:

"1. DECLARAR que la CONCESIÓN cumplió el Contrato de Concesión GG-040-2004 respecto de las obligaciones a que se refiere la interventoría en sus oficios: (...)

"Respecto a las Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión GG-040-2004:

"12. Concol 31 de mayo de 2010 01-3001-2010"

Por su parte, oponiéndose a las citadas pretensiones, la entidad pública convocada formuló la excepción 6 de mérito, en cuyo numeral iii) manifestó:

"6. Excepción de incumplimiento de las obligaciones contractuales por culpa del concesionario

"Respecto de las pretensiones de la demanda y los hechos en que se sustentan, existe un incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario en virtud del Contrato de Concesión GG-040-2004 por lo cual las mismas no pueden ni deben prosperar de cara a este trámite arbitral, como paso a relatarlo seguidamente: (...)

"iii) Respecto a las Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión GG-040-2004"

Considerando que fueron estos los términos en que ambas partes plantearon la presente controversia, es preciso señalar los argumentos expuestos por cada una para sustentar sus pedimentos.

La posición de la sociedad convocante

En los hechos relatados en la demanda arbitral reformada se indica que la concesionaria tenía la obligación de cumplir con las especificaciones técnicas

definidas en el contrato, tanto en la ejecución de las obras de construcción y rehabilitación de los distintos trayectos del proyecto, como en las actividades adelantadas para la operación y el mantenimiento de los mismos, teniendo en cuenta para ello las condiciones fijadas en el Apéndice No. 2 contentivo de las "*Especificaciones Técnicas de Construcción*" y en el Apéndice No. 3 correspondiente a las "*Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento*".

Las especificaciones técnicas mencionadas tratan o regulan, entre otros aspectos, lo concerniente a la medición del Índice de Estado que debía cumplir la vía en las distintas etapas de ejecución del proyecto (construcción y rehabilitación u operación y mantenimiento). Al respecto, la demandante indica que entre los meses de noviembre de 2009 y marzo de 2010, la Interventoría y la sociedad concesionaria adelantaron las actividades de medición del índice de estado que para ese periodo tenían los distintos trayectos del proyecto, valorando para tal efecto los siguientes parámetros referidos al pavimento flexible: *i)* rugosidad, *ii)* ahuellamiento, *iii)* deformaciones, *iv)* fisuras y grietas, *v)* resistencia al deslizamiento, *vi)* estado de las bermas, *vii)* zonas laterales y *viii)* señalización. A su vez, en cuanto al pavimento rígido, se efectuó la medición de los parámetros de *i)* escalonamiento y *ii)* estado de juntas.

Con ocasión de lo anterior, la Interventoría remitió con destino al INCO el oficio No. 01-1701-2010 de treinta y uno (31) de marzo de 2010, adjuntando al mismo el informe final de la medición del índice de estado para el periodo antes mencionado, en el cual se concluía que los resultados logrados no se encontraban dentro de los estándares mínimos exigidos contractualmente, razón por la cual se instaba a la contratista para que en el plazo correspondiente realizara los tratamientos correctivos a que hubiere lugar para restituir la calificación respectiva y cumplir de esta forma con los indicadores que al respecto eran exigidos por el contrato.

El once (11) de mayo de 2010, la sociedad concesionaria envío a la Interventoría la comunicación No. CABG-IN-339-01, a través de la cual solicitaba que se concediera un plazo para acometer las tareas de corrección de los elementos correspondientes al índice de estado. Para tal efecto, se proponía un cronograma de correcciones, el cual se había elaborado de conformidad con el Protocolo para la Corrección del Índice de Estado y con el Acta de Acuerdo de Correcciones de Índice de Estado, documentos que fueron acogidos por ambas partes como anexos del Otrosí No. 14.

No obstante lo anterior, alega la apoderada de la demandante que a través de comunicación No. 01-2618-2010 de veinticuatro (24) de mayo de 2010, la

Interventoría decidió no aceptar el mencionado cronograma, aduciendo que el mismo no se ajustaba a los plazos que para tal efecto contemplaba el contrato. A juicio de la convocante, esta decisión implicó un desconocimiento de lo que se había convenido en el Acuerdo de Correcciones de Índice de Estado y en el mencionado Protocolo de Correcciones, los cuales establecían precisamente unas condiciones para determinar en cada caso los plazos necesarios para restituir la calificación del Índice de Estado.

Estas circunstancias dieron lugar a que la Interventoría, mediante comunicación No. 01-3001-2010 de treinta y uno (31) de mayo de 2010, iniciara el proceso de disminución de ingresos en contra de la concesionaria argumentando que para ese momento se estaban incumpliendo las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento, toda vez que –según el oficio en mención–, la sociedad contratista *(i)* no había atendido los requerimientos realizados por la firma interventora para que se adelantaran las actividades de corrección del índice de estado; *(ii)* no había atendido el plazo que se había concedido para estabilizar los sitios críticos y para realizar el mantenimiento de la vía y *(iii)* tampoco había atendido el plazo de treinta (30) días que contemplaba el contrato para corregir las deficiencias presentadas por el pavimento que fueron verificadas al realizar la medición del índice de estado.

En desacuerdo con las manifestaciones de la Interventoría, la sociedad concesionaria emitió la comunicación No. CABG-IN-0398-10 fechada de dieciséis (16) de junio de 2010, a través de la cual, "*... ratifica el cumplimiento del contrato, dando inicio a las actividades de corrección del índice de estado conforme al cronograma presentado a la Interventoría*", precisando en todo caso que dicho cronograma no había sido aprobado aún por la firma interventora.

En línea de lo anterior, el veintitrés (23) de agosto de 2010, la contratista envío con destino a la firma interventora una nueva comunicación con radicado No. CABG-IN-0532-10, expresando en ella "*... su preocupación respecto a los juicios de valor emitidos por la Interventoría –01-4518-2010 17 de agosto de 2010– sobre el mantenimiento del corredor vial, los cuales demeritan y desconocen las labores efectuadas por el Concesionario, fundamentando sus consideraciones en fotografías desactualizadas, presentando así conclusiones que no corresponden a la realidad*".

La convocante alega que pese a las razones expuestas, a través de oficio No. 20103050076181 de diez (10) de junio de 2010, el INCO procedió a aplicar o a imponer en contra suya una disminución a la remuneración por los hechos relatados. Frente a esta decisión, en comunicación No. CABG-IN-0434-10, "*... la Concesión estableció que no acepta la disminución de ingresos referida en el*

numeral anterior, habida consideración de que se encuentra dando cumplimiento a los requerimientos referentes a las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento", señalando igualmente que la entidad no tenía competencia para referirse al cumplimiento de la obligación en mención, habida cuenta que la controversia referida a este asunto en particular había sido sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitraje.

En este contexto, la convocante indica que el ocho (8) de octubre de 2010, a través de comunicación No. 01-5782-2010, la Interventoría presentó un nuevo informe de índice de estado correspondiente al mes de agosto de ese año, en el cual manifestó que para esa fecha ya se habían atendido por parte de la contratista los requerimientos concernientes al "*incumplimiento*" del índice de estado para los tramos 11, 12, 13 y 14, quedando pendiente únicamente la variante Fusagasugá, para la cual se estaba realizando el "*diseño de rehabilitación*", a fin de elaborar el programa de rehabilitación de dicha obra.

A juicio de la sociedad concesionaria, durante la ejecución del contrato y, puntualmente, durante el periodo en que se discutió lo referido a la medición del índice de estado, fueron atendidas todas y cada una de las exigencias efectuadas por la Interventoría y por el INCO, "*... haciéndose énfasis, según sea el caso, en la inexistencia del incumplimiento, o en la aceptación de las observaciones y su inmediata corrección en los términos contractuales, razón por la cual resulta improcedente la disminución de ingresos, debido a que la concesión ha cumplido sus obligaciones contractuales en cuanto a las especificaciones técnicas de operación y mantenimiento, y en consecuencia, se declaró la controversia sobre este aspecto*".

La demandante agrega en este sentido que:

> "*Tal como se observa, el concesionario ha desplegado las actuaciones dirigidas a atender los requerimientos efectuados por la Interventoría y así dar cumplimiento a las estipulaciones contractuales, dentro de los plazos dispuestos para tal fin, no obstante, aquellas han sido desconocidas por Concol ByC S.A., o no valoradas con objetividad, tal como corresponde en el marco del contrato de concesión.*"

De otro lado, al referirse al "*incumplimiento del elemento Grietas y Fisuras*", la parte convocante controvierte la metodología que fue aplicada por la firma interventora para realizar la medición del índice de estado, argumentando en este sentido que la misma desconocía lo estipulado al respecto en el contrato de concesión. En su sentir, las mediciones del índice de estado y los cálculos correspondientes se realizaron por kilómetro de vía, cuando lo correcto era efectuar dicha calificación por tramo, vale decir, por cada uno de los quince (15)

trayectos del proyecto, sin que hubiere lugar a seccionar o dividir estos tramos en kilómetros como lo hizo la Interventoría.

Sobre este particular, indicó expresamente la sociedad convocante en su demanda que la firma interventora desconoció el contrato de concesión, "*... pues ella presenta un listado de kilómetros a pesar de que el contrato de concesión, en su Apéndice 3, Capítulo III, numeral 2.3.4 prescribe la calificación por tramos o sectores dentro de los tramos, correspondiendo estos tramos a los 15 establecidos en el acta de entrega de índice de estado. (...) las exigencias de mantenimiento deben realizarse con base en el Índice de Estado por trayectos y no por kilómetros, como de nuevo lo hizo incorrectamente la Interventoría*".

La convocante concluye manifestando que durante la etapa de ejecución contractual ha dado cabal cumplimiento al contrato de concesión No. GG-040-2004, en lo relacionado con las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento de la vía concesionada, destacando al respecto que a través del Informe de Índice de Estado rendido por la Interventoría para el mes de junio de 2011, se estableció que, "*... en su mayor parte los elementos objeto de estudio, se encuentran dentro de los parámetros normales del Contrato, y no existe incumplimiento por parte de la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.*"

La posición de la entidad pública convocada

En el numeral iii) de la excepción 6 de mérito, la parte convocada expuso que, contrario a lo manifestado por la sociedad concesionaria, a la fecha en que se contestó la demanda no se había cumplido aún con las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento del contrato en lo que tenía que ver con el índice de estado, "*... en el entendido que éste corresponde a una obligación de resultado*". Se aduce a este respecto que fue dicho incumplimiento el que dio lugar precisamente a la aplicación de una disminución a la remuneración, habida cuenta que "*... el plazo otorgado por la Interventoría para restituir dicha calificación [del índice de estado] no fue atendido por la Parte Convocante, y AÚN CONTINÚA SIN ATENDER, como quiera que hasta la fecha, no ha alcanzado el índice requerido contractualmente*".

En cuanto a los hechos relatados en la demanda, el apoderado de la entidad convocada manifestó que si bien era cierto que el cronograma propuesto en su momento por la concesionaria para llevar a cabo la corrección del índice de estado no fue aprobado por la Interventoría, dicha decisión se adoptó debido a que dicho programa no atendía los plazos que previa y expresamente había estipulado el Apéndice No. 3 para tal efecto (30 días en el caso de fisuras y

grietas), circunstancia que de manera alguna significaba un desconocimiento del Protocolo para la Corrección del Índice de Estado que fue acordado mediante Otrosí No. 14.

Aunado a lo anterior, señala que era cierto que en el Informe de Índice de Estado rendido por la firma interventora mediante oficio de ocho (8) de octubre de 2010 –No. 01-5782-2010–, se concluía que la sociedad concesionaria había cumplido con los parámetros del índice de estado para los tramos 11, 12, 13 y 14, pero no para la variante Fusagasugá. Sin embargo, precisó que el proceso de aplicación de la disminución a la remuneración por el incumplimiento del índice de estado se había iniciado desde el treinta y uno (31) de mayo de 2010, fecha para la cual pudo constatarse que estaba vencido el plazo en cual debían corregirse o restituirse los distintos parámetros del mencionado índice de estado.

En cuanto al Informe de Índice de Estado rendido por la Interventoría para el mes de junio de 2011, la parte convocada argumentó que de acuerdo con los resultados contenidos en la Tabla 2 relacionada en dicho documento, "*... el Concesionario todavía tiene varios sectores en el proyecto donde no ha realizado las reparaciones de grietas y fisuras desde fechas anteriores al 22 de marzo de 2010*", de manera que no era cierto lo manifestado por la concesionaria cuando argumentó con base en dicho informe, que para la fecha de su expedición no había incumplimiento imputable a la sociedad contratista.

Por último, "*... se aclara que el Índice de Estado se mide por tramo –que no por trayecto–, que se conforman aproximadamente por diez (10) kilómetros cada uno y que ha sido el parámetro acordado entre el Concesionario y la Interventoría para efectuar la medición del Índice de Estado*".

Cuestión previa

Observando que en el marco de la controversia que se ha presentado, las partes refieren a la aplicación de disminuciones a la remuneración, el Tribunal considera importante reiterar en este punto que carece de competencia para estudiar y decidir sobre este asunto en particular, de ahí que, el juicio que se adelantará en este capítulo en relación a las Especificaciones Técnicas del contrato y a la medición del Índice de Estado, se restringirá única y exclusivamente a valorar lo concerniente al cumplimiento o incumplimiento de la obligación respectiva.

Ahora bien, a efectos de resolver las controversias que en materia de índice de estado han sido sometidas al conocimiento y decisión del Tribunal, es menester considerar inicialmente lo relacionado con el concepto y el alcance de esta figura, haciendo especial énfasis en lo que atañe a la metodología contractualmente

estipulada para llevar a cabo la medición de este preciso aspecto. Con fundamento en ello, se abordará el análisis del cumplimiento que ha sido propuesto por la parte convocante.

El Índice de Estado contemplado en las Especificaciones Técnicas del contrato de concesión No. GG-040-2004

De acuerdo con lo estipulado en la cláusula 8.5 del contrato de concesión[368], iniciada la etapa de preconstrucción y luego de hacerse entrega al concesionario de los trayectos del proyecto, éste asumía la obligación de operar y mantener la infraestructura que para ese momento existía, teniendo en cuenta para ello las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento contempladas en el Apéndice No. 3.

Por su parte, la cláusula 9.6 del contrato de concesión[369] refiere a la obligación que también le asistía al concesionario de operar y mantener la infraestructura, durante la etapa de construcción y rehabilitación, independientemente a que en los respectivos trayectos se estuvieren o no adelantando actividades de orden constructivo. Para tal efecto, precisa la mencionada cláusula que debía atenderse lo estipulado en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento contenidas en el Apéndice No. 3.

A su vez, tratándose de la etapa de operación y mantenimiento, la cláusula 10.1 del contrato estipula igualmente como obligación del particular contratista la de operar y mantener durante esta fase la infraestructura en cada uno de los trayectos de la vía, de conformidad con las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento que establece el Apéndice No. 3, indicando a renglón seguido que para tal efecto debe darse cumplimiento al índice de estado y a los estándares mínimos de servicio definidos en el mencionado apéndice. Concretamente, la cláusula 10.1 estipula que:

"*10.1 Operación y mantenimiento de los Trayectos del Proyecto*

[368] Contrato de concesión No. GG-040-2004: "8.5. Operación y mantenimiento de los Trayectos del Proyecto. El Concesionario deberá realizar la operación y el mantenimiento de la infraestructura existente en la totalidad de los Trayectos, a partir de la fecha en que el INCO entregue al Concesionario dichos Trayectos, de conformidad con lo establecido en la CLÁUSULA 33 de este Contrato. Esta operación y mantenimiento tendrá los alcances que se expresan en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento."

[369] Contrato de concesión No. GG-040-2004: "9.6 Operación y mantenimiento de los Trayectos del Proyecto. El Concesionario deberá operar y mantener la infraestructura existente en el Proyecto durante la ejecución de las Obras de Construcción y Mantenimiento. En los Trayectos en que no se estén ejecutando Obras de Construcción y Rehabilitación el Concesionario deberá operar y mantener la infraestructura existente en los términos y condiciones que para ello se expresan en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento."

> *"El Concesionario deberá operar y mantener la infraestructura existente en cada uno de los Trayectos del Proyecto, una vez se suscriba el acta respectiva, en los términos y condiciones que se expresan en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento, cumpliendo con el índice de estado y con los estándares mínimos de servicio definidos en dichas especificaciones.*
>
> *"Igualmente, el Concesionario deberá prestar los servicios, mantener la transitabilidad y en general, operar el Proyecto dentro de los parámetros establecidos en este Contrato y sus apéndices, especialmente según lo previsto en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento."* –Subraya del Tribunal–

Estas primeras acotaciones permiten advertir, de un lado, que durante las distintas etapas de ejecución del proyecto definidas en el contrato, el concesionario debía realizar actividades tendientes a la operación y al mantenimiento de la infraestructura vial en cada uno de los trayectos del corredor concesionado, de manera que la ejecución de las mismas no era un asunto exclusivo de la Etapa de Operación y Mantenimiento, y de otra parte, que debían tenerse en cuenta para tal efecto las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento contenidas en el Apéndice No. 3, en las cuales se contempla y se regula precisamente el denominado índice de estado que debía cumplirse en la totalidad del corredor vial.

Considerando de esta forma que el índice de estado constituye una de las condiciones que fueron establecidas en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento (Apéndice No. 3), las cuales, a su vez, debían ser atendidas en cada una de las etapas del proyecto –según quedó visto–, es claro que el índice de estado importa y es aplicable también en el marco de las distintas fases de ejecución del contrato, sirviendo como herramienta o procedimiento para valorar técnicamente la calidad y la funcionalidad de la vía en los diferentes trayectos objeto de la concesión.

Así lo indicó expresamente el Apéndice No. 2, cuando al referirse a la etapa de construcción y rehabilitación señaló que en el marco de la misma, *"[e]l Concesionario deberá ejecutar, dentro de los plazos y condiciones señalados en el Contrato de Concesión, las Obras de Construcción y Rehabilitación necesarias para que la estructura de pavimento del Proyecto Vial cumpla con el índice de estado definido en el numeral 3 de las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento"*[370] –destaca el Tribunal–.

[370] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folio 949.

En similares términos, en el Apéndice No. 3 se estableció el alcance de la obligación de mantenimiento de la vía, contemplándose al respecto que para dar cumplimiento a la misma, "*[e]l Concesionario deberá realizar los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción de la vía que sean necesarios para mantener el Índice de Estado de ésta, de conformidad con lo establecido en el presente Apéndice*"[371] –se destaca–.

No dejan duda los apartes citados de la importancia que denota el índice de estado en lo referente al cumplimiento de las obligaciones concernientes a la construcción y rehabilitación de la estructura de la vía, así como al mantenimiento de la misma en todos los tramos del proyecto, respecto de lo cual es del todo relevante comprender que el índice de estado corresponde a una herramienta o instrumento a través del cual se realiza una calificación técnica que de manera cuantitativa y cualitativa determina –con base en ciertos parámetros– las condiciones o el estado de la vía para un momento determinado[372], garantizándose con ello la calidad y la funcionalidad de la infraestructura y, a su vez, la comodidad, el confort y la seguridad del usuario.

Sobre este particular se refirió el perito técnico Héctor Parra Ferro, quien definió el índice de estado en los siguientes términos:

> "... *el Índice de Estado de la carretera consiste en un procedimiento para evaluar de manera cuantitativa y cualitativa el estado físico en que se encuentran algunos de los elementos constitutivos de una carretera construida con un pavimento flexible, semiflexible o rígido, haciendo énfasis en el conjunto de aquellos que inciden en las condiciones de funcionabilidad de la vía, que puedan llegar a reflejar comodidad y seguridad del usuario y/o nivel de aceptación del mismo. Éste se calcula como el promedio ponderado de los Índices de Estado hallados para los diferentes Tramos de Carretera.*"[373]
> –Subraya del Tribunal–

En línea de lo anterior, el perito técnico hizo también referencia en su experticia a la relevancia del índice de estado para el proyecto de concesión, manifestando en este sentido que:

> "*La importancia del Índice de Estado para la ejecución del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot, es que permite en cada una de las fases de*

[371] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folio 1007.
[372] En este sentido, el perito técnico designado por el Tribunal señaló que: "*El índice de estado definido como aquella calificación cuantitativa y cualitativa de la vía con base en varios parámetros que en un momento dado reflejan el estado de la vía desde el punto de vista del usuario y como una medida de la calidad de la carretera.*" (Página 20 del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico)
[373] Página 2 Pr26A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

Preconstrucción, Construcción, Operación y Mantenimiento emitir una calificación de tipo cuantitativo y cualitativo que determina el estado de calidad y funcionabilidad de la vía. En últimas una alta calificación de la calidad funcionabilidad de la vía por medio del Índice de Estado refleja buenas características de comodidad, seguridad y nivel de aceptación para el usuario, de acuerdo con el diseño planteado para la vía.

"Se trata de una herramienta contractual que permite hacer un seguimiento técnico detallado de las condiciones de la vía en sus diferentes fases, en los diferentes trayectos y toda su longitud. De acuerdo a lo contractual como condición sobre índice de estado, éste se debe cumplir y aplicar en todas las fases del proyecto (Preconstrucción, Construcción y Operación y Mantenimiento).

"Se utiliza también contractualmente el Índice de Estado para efectos de establecer situaciones de no conformidades técnicas en la vía y señalar plazos perentorios para el arreglo de los defectos. Igualmente, en caso de incumplimientos se utiliza esta herramienta contractual para la aplicación de diferentes tipos de penalidades de carácter pecuniario." [374] –Subraya el Tribunal–

Se observa, entonces, que el índice de estado corresponde a una herramienta técnica que permite efectuar un seguimiento a las condiciones mínimas de calidad y funcionalidad del corredor vial que son exigibles al concesionario como responsable de la construcción, la rehabilitación y el mantenimiento de la infraestructura concesionada[375], condiciones que claramente repercuten en "*... la comodidad y seguridad del usuario y/o el nivel de aceptación del mismo*" (numeral 1, capítulo III, Apéndice No. 3)[376].

De esta manera, si se tiene en cuenta que el concesionario tenía la obligación de garantizar un índice de estado mínimo para toda la vía y durante todas las etapas de ejecución del contrato –tal como se expuso antes–, es claro que era la calificación de dicho índice para un momento determinado lo que permitiría establecer si el concesionario había o no cumplido con sus obligaciones referentes a la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la vía[377].

[374] Página 2 Pr21A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico
[375] El numeral 3.4 del Apéndice 2 señala sobre este particular que: "*Corresponde a las condiciones mínimas exigibles al Concesionario al vencimiento de los plazos establecidos en el Contrato para cada uno de los Trayectos, cuyo cumplimiento se verificará a través de los procedimientos establecidos en el numeral 3 del Apéndice 3 'Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento' del Contrato.*"
[376] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folio 1039.
[377] Señaló el perito técnico en este sentido que, "... la calificación resultante [del índice de vía] establece el cumplimiento o incumplimiento del concesionario, con relación a su obligación de mantener unos Índices de Estado mínimos para todos los Trayectos de la vía en todas las etapas de la Concesión". (Página 2 Pr21A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico)

Entendiendo en estos términos el concepto y el alcance del índice de estado, es preciso tener en cuenta que en el contrato se definió expresamente que su medición sería rutinaria y se llevaría a cabo por parte de la firma interventora, en conjunto con representantes del concesionario, con una periodicidad de por lo menos seis (6) meses[378]. Además, en el numeral 3.4 del Apéndice No. 2[379], se contemplaron los valores mínimos que debían garantizarse en cada una de las etapas de ejecución del proyecto para dar cumplimiento al índice de estado, así:

- Para la *etapa de preconstrucción*, el numeral 3.4.1 del referido apéndice señaló que el concesionario debía mantener el mismo índice de estado que se había indicado para cada trayecto en el Acta de Entrega de los trayectos suscrita entre el INCO y la contratista; sin embargo, en el evento de verificarse que uno o algunos de los trayectos tenían para ese momento un índice de estado menor a **3.5**, el concesionario tenía la obligación de acometer las actividades de corrección que fueran necesarias hasta garantizar que dichos trayectos tuvieran como mínimo un índice de estado de **3.5**.

- Para la *etapa de construcción y rehabilitación*, el numeral 3.4.2 subsiguiente obligaba al concesionario a mantener como mínimo el mismo índice de estado señalado para la etapa de preconstrucción, es decir, "*... en aquellos trayectos en que el Índice de Estado sea superior a **3.5** de acuerdo con el acta de entrega de los Trayectos por parte del INCO al Concesionario, éste deberá mantener el mismo Índice de Estado y en aquellos en que el Índice de Estado sea inferior a **3.5**, deberá mantener un Índice de Estado de **3.5***".

- Finalmente, para la *etapa de operación y mantenimiento*, el numeral 3.4.3 del referido Apéndice No. 2 exigía que desde la suscripción del Acta de Inicio de Operación de cada trayecto y hasta la fecha efectiva de terminación y entrega del proyecto, el concesionario debía garantizar un índice de estado de por lo menos **4.5**.

Fueron estos los parámetros cuantitativos que se contemplaron en las Especificaciones Técnicas del contrato para calificar la calidad y la funcionalidad de la carretera durante cada una de las etapas del proyecto, circunstancia que es importante en atención a que, de llegar a constatarse con la medición del índice de estado que la calificación resultante para un tramo en particular era menor a los valores antes mencionados, se incurriría en un incumplimiento de

[378] Numeral 1.5 y numeral 2.3, Capítulo II, Apéndice No. 3 (Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folio 1030)
[379] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folios 978 y 979.

las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento, lo cual daría lugar a que el concesionario tuviera que ejecutar las actividades constructivas necesarias para corregir las fallas encontradas.

Relacionado con lo anterior, hay que considerar que la mencionada calificación está dada por la valoración de unos parámetros que permiten determinar el índice de estado, esto es, "*... de los aspectos que requieren ser calificados para determinar el índice de estado de la carretera*"[380]. Se trata de "*... los elementos constitutivos de una carretera construida con un pavimento flexible, semiflexible o rígido*", cuya medición permite obtener precisamente el índice de estado de la vía.

Estos elementos fueron identificados por el perito técnico[381] –con sustento en lo señalado en el capítulo III del Apéndice No. 3[382]–, quien explicó de manera clara que la evaluación del índice de estado para cada tipo de pavimento correspondía a la calificación de cada uno de los siguientes parámetros:

En el caso del pavimento flexible se evaluarían:

- Rugosidad
- Ahuellamiento
- Deformaciones
- Fisuras y Grietas
- Resistencia al deslizamiento
- Estado de las bermas
- Señalización
- Zonas laterales

A su vez, para el pavimento rígido se tendrían en cuenta los siguientes elementos adicionales:

- Escalonamiento
- Estado de juntas

Por su parte, se estableció en el Apéndice No. 3 el rango de calificaciones correspondiente a cada uno de estos elementos, con fundamento en lo cual se obtendría la calificación del respectivo índice de estado. De manera puntual, según la información relacionada en las Tablas No. 2, 3 y 4 contenidas en dicho

[380] Numeral 2.1.1 del Capítulo III del Apéndice No. 3 (Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folio 1040)
[381] Página 4 Pr22A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico
[382] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folios 1039 y 1040.

Apéndice[383], los valores definidos para cada uno de los parámetros que habrían de evaluarse son los siguientes:

ELEMENTO			UNIDAD DE MEDIDA DE CALIFICACIÓN	RANGO DE CALIFICACIONES			
				MUY BUENO 5 - 4	BUENO 4 - 3	REGULAR 3 - 2	MALO 2 - 0
1	- RUGOSIDAD		IRI	2 - 3.5	3.5 - 4.5	4.5 - 6.5	6.5 - 12
2	- AHUELLAMIENTO		mm	0 - 6	6 - 13	13 - 25	25 - 40
3	- DEFORMACIONES		mm	0 - 12	12 - 25	25 - 40	40 - 100
4	- ESCALONAMIENTO		mm	0 - 3.0	3.1 - 10.0	10.1 - 19.0	19.1 - 50
5	-ESTADO DE LAS JUNTAS		% Longitud en mal estado	0 - 1.0	1.1 - 5.0	5.1 - 10.0	10.1 - 15
6	- FISURAS Y GRIETAS		% Área Afectada	0 - 1.0	1.1 - 5.0	5.1 - 10.0	10.1 - 15
7	- RESISTENCIA AL DESLIZAMIENTO		Coeficiente de resistencia al deslizamiento	100 - 55	55 - 45	45 - 35	35 - 0
8	- ESTADO DE LAS BERMAS		% Área afectada	0 - 2	2 - 5	5 - 10	10 - 20
9	- SEÑALIZACIÓN	S. CENTRAL	% de señalización vs. reglamentación	100 - 90	89.9 - 80.0	79.9 - 70.	< 70.0
		S. LATERAL	% de señalización vs. reglamentación	100 - 90	89.9 - 80.0	79.9 - 70.	< 70.0
		S. VERTICALES	% de señalización vs. reglamentación	100 - 90	89.9 - 80.0	79.9 - 70.	< 70.0
		D. METÁLICAS	% de señalización vs. reglamentación	100 - 90	89.9 - 80.0	79.9 - 70.	< 70.0
10	- ZONAS LATERALES	VEGETACIÓN EN 5m	Metros de altura	0 - 0.30	0.31 - 0.40	0.41 - 0.50	> 0.50
		DERECHO DE VÍA	Utilización	Muy bueno	Bueno	Regular	Malo
		PELIGROS AL TRÁNSITO	EXISTENTES	NO HAY	UNO	DOS	MÁS DE DOS

En este orden de ideas, la medición de cada uno de estos elementos –conforme a los valores indicados en la citada tabla, esto es, de cero (0) a cinco (5)– permitía determinar la calificación del índice de estado correspondiente a cada tramo del corredor. Dicho de otro modo, la evaluación de cada uno de estos parámetros arrojaba un resultado cuantitativo y cualitativo que permitía establecer en cada caso la calificación del índice de estado de la vía concesionada, con fundamento en lo cual se determinaba si el concesionario había o no cumplido con el índice de estado mínimo exigido contractualmente de 3.5 o 4.5, según correspondiera.

[383] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folios 1044, 1051 y 1053.

La metodología definida contractualmente para llevar a cabo la medición del índice de estado de la vía

En el Capítulo III del Apéndice No. 3 [384] se reguló lo concerniente al procedimiento general que habría de practicarse para medir el índice de estado de la vía. El mencionado Apéndice contempló uno a uno los pasos o etapas que debían surtirse para efectuar la medición del índice de estado, teniendo en cuenta para tal efecto la forma en que habría de realizarse la calificación de los distintos elementos o parámetros de valoración a los que se aludió previamente.

De manera puntual y a efectos de comprender lo establecido sobre este particular, es preciso citar *in extensum* el numeral 2.2 del referido capítulo III, en el cual se definió la metodología para la medición del índice de estado en los siguientes términos:

"2.2. PROCEDIMIENTO GENERAL

*"2.2.1. Dividir la vía en **Tramos** de Carretera y evaluar cada Elemento en forma continua dentro de todo el **Tramo** de Carretera.*

*"2.2.2. Asignar a cada **Sector** y según el elemento inspeccionado calificaciones de cero (0) a cinco (5) según lo estipulado en las tablas de calificación de los Elementos, con aproximación a un decimal. No deberá influir la calificación de un Elemento en otro Elemento. Las tablas de calificación, de acuerdo con los diversos Elementos a evaluar son las siguientes:*

ELEMENTO	*TABLA No.*
Rugosidad	*2*
Ahuellamiento	*2*
Deformaciones	*2*
Escalonamiento	*2*
Estado de las Juntas	*2*
Fisuras y Grietas	*2*
Resistencia al Deslizamiento	*2*
Estado de las bermas	*2*
Zonas Laterales	*3*
Señalización	*4*

*"2.2.3. Determinar la calificación por cada Elemento para el **Tramo** de Carretera, el cual corresponde al promedio ponderado de las calificaciones de dicho Elemento en cada uno de los **Sectores**.*

[384] Cuaderno de Pruebas No. 68 – Folio 1039 y siguientes.

*"2.2.4. Determinar el Índice de Estado para cada uno de los **Tramos** de Carretera que conforman la vía, el cual corresponde a la sumatoria de los productos efectuados entre la calificación ponderada de cada Elemento (obtenida de acuerdo con el numeral anterior) por su respectivo Factor de Influencia.*

"En la tabla No. 1, se incluyen los Factores de Influencia de cada Elemento.

"Tabla No. 1
"FACTORES DE INFLUENCIA DE CADA UNO DE LOS ELEMENTOS POR EVALUAR

ELEMENTO	FACTOR DE INFLUENCIA	
	PAVIMENTOS ASFÁLTICOS	PAVIMENTOS RÍGIDOS
Rugosidad	0.35	0.35
Ahuellamiento	0.10	
Deformaciones	0.10	
Escalonamiento		0.15
Estado de las Juntas		0.05
Fisuras y Grietas	0.10	0.10
Resistencia al Deslizamiento	0.15	0.15
Estado de las bermas	0.05	0.05
Zonas Laterales	0.05	0.05
Señalización	0.10	0.10
Sumatoria	1.00	1.00

*"2.2.5. El Índice de Estado para la carretera, será el promedio ponderado de los Índices de Estado calculados para los diferentes **Tramos** de Carretera, pero en todos y cada uno de los **Tramos** de Carretera de la vía se deberá cumplir el mínimo establecido en cada uno de los Elementos. Para la situación de vías con más de una calzada se podrá presentar el Índice de Estado para calzadas independientes, de resultar el promedio aritmético poco susceptible a los valores individuales."* –Subraya y negrita fuera del texto–

Es este el procedimiento que contractualmente se estipuló con el objeto de efectuar la medición del índice de estado de la vía, cuyo contenido técnico no impide señalar que dicha metodología estaba compuesta por una serie de etapas que de manera secuencial permitían obtener un resultado concreto, en este caso, la calificación del índice de estado correspondiente al corredor concesionado.

Sobre este particular, el perito técnico designado por el Tribunal relacionó en su dictamen una gráfica con el fin de explicar los pasos que fueron contemplados en el procedimiento para la medición del índice de estado. Al respecto, tomando

como fundamento las cinco etapas que fueron establecidas en el Apéndice 3, el auxiliar de la justicia expuso el siguiente esquema[385]:

*"1. Dividir la vía en **tramos** de carretera y evaluar cada elemento de forma continua dentro de todo el **tramo** de carretera (Ver figura No. 23.A.2). A su vez cada **tramo** se subdivide en **sectores** con homogeneidad del parámetro a medir."*

⇩

*"2. Asignar en cada **sector** y según el elemento inspeccionado calificaciones de cero (0) a cinco (5) según lo estipulado en las tablas de calificación de los elementos (ver tabla No. 23.A.1), con aproximación a un decimal. No deberá influir la calificación de un elemento sobre otro."*

⇩

*"3. Determinar la calificación por cada elemento para el **Tramo** de carretera, el cual corresponde al promedio ponderado de las calificaciones de dicho elemento en cada uno de los **sectores**."*

⇩

*"4. Determinar el Índice de Estado para cada uno de los **Tramos** de Carretera, el cual corresponde a la sumatoria de los productos efectuados entre la calificación ponderada de cada elemento (obtenida en el numeral 3 anterior) por su respectivo factor de influencia."*

⇩

*"5. El índice de Estado para la carretera, será el promedio ponderado de los Índices de Estado calculados para los diferentes **tramos** de carretera (numeral 4 anterior), pero en todos y cada uno de los **Tramos** de carretera de la vía se deberá cumplir el mínimo establecido en cada uno de los elementos. Para la situación de vías con más de una calzada se podrá presentar el Índice de Estado para calzadas independientes, de resultar el promedio aritmético poco representativo de los valores individuales."*

Como puede observarse, el resumen propuesto por el perito técnico coincide en gran medida con lo estipulado al respecto en el Apéndice No. 3, de lo cual cabe destacar que el esquema expuesto por el doctor Parra Ferro permite advertir que la metodología para la medición del índice de estado de la vía sí fue planteada siguiendo un orden secuencial que tenía como fin determinar el índice de estado del corredor vial objeto del contrato de concesión.

[385] Página 1 Pr 23A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

Aunado a lo anterior, debe tenerse presente que en el numeral 2.3 del Apéndice No. 3, se contemplaron las guías o lineamientos para determinar las calificaciones del índice de estado, precisándose al respecto la manera en que habría de realizarse la inspección correspondiente, así como los criterios que utilizaría la Interventoría para evaluar cada uno de los elementos o parámetros que darían lugar a la determinación del índice de estado de la vía. De manera puntual, tratándose del pavimento flexible, se fijaron en este acápite los parámetros para realizar la calificación de los elementos de *(i)* rugosidad, *(ii)* ahuellamiento, *(iii)* deformaciones, *(iv)* fisuras y grietas, *(v)* resistencia al deslizamiento, *(vi)* estado de las bermas, *(vii)* zonas laterales y *(viii)* señalización. Por su parte, para el caso del pavimento flexible, en el numeral 3.2 del mismo Apéndice No. 3, se fijaron también las condiciones para la calificación del índice de estado, en lo referente a los parámetros de *(i)* escalonamiento y *(ii)* el estado de las juntas.

Conociendo el procedimiento y, puntualmente, los pasos o las etapas que lo componen, es menester analizar lo concerniente a las expresiones "*tramo*" y "*sector*" a que se alude de manera reiterada en la metodología en cuestión. Para el Tribunal, es determinante ahondar en este asunto debido a que es allí donde radica la controversia que ha formulado la parte convocante en las pretensiones *sub examine*, pues –en su sentir–, la medición del índice de estado debía realizarse por "*tramo*", más no por *sectores de un kilómetro* como lo entendió y lo aplicó la Interventoría del contrato.

Es preciso considerar a este respecto que en el Apéndice No. 3 se definieron los dos términos en mención. De manera expresa, se indicó que el "***tramo de carretera***" correspondía a:

> "*Una longitud de carretera (máximo 12 Km.) con condiciones de continuidad y con criterios de homogeneidad en cuanto a tránsito, estructura, topografía y especificaciones.*"

A su vez, en cuanto al "***sector***", se precisó que el mismo concernía a:

> "*Cada una de las subdivisiones de un Tramo de Carretera (Longitud de 10 Km. aproximadamente), con condiciones homogéneas del estado en que se encuentra el elemento por calificar.*"

Los términos en que fueron definidas ambas expresiones permiten entender a simple vista dos aspectos puntuales, ***primero***, que el "*tramo*" que se tendría en cuenta para la medición del índice de estado concierne a una fracción de carretera con una longitud de máximo 12 kilómetros y, ***segundo***, que cada

"*tramo*" cuya longitud máxima era de 12 kilómetros, se subdividía, a su vez, en "*sectores*", en los cuales se inspeccionarían precisamente los elementos o parámetros para calificar el índice de estado.

Es preciso advertir en este punto que el aspecto discutido en relación con la metodología del índice de estado tiene que ver justamente con la cantidad o el número de "*sectores*" en que podía subdividirse un "*tramo de carretera*", duda que –a juicio del perito técnico– se genera por la expresión "*(Longitud de 10Km. aproximadamente)*" que se encuentra contenida en la definición dada a la expresión "*sector*", lo cual da lugar a dos interpretaciones, a saber:

> "*Respecto de esta definición de "Sector" se hace la observación de que se presta a dos interpretaciones, que han generado polémica:*
>
> *"1) Que el paréntesis que dice "(Longitud de 10 Km. aproximadamente)" se refiera a la longitud "del tramo de carretera". Puesto que los tramos ya han sido definidos con una longitud máxima de 12 kilómetros y tienen una longitud promedio de 10 kilómetros. En este caso los sectores representan múltiples subdivisiones del tramo con condiciones homogéneas de los parámetros que califican la vía.*
>
> *"2) Que el paréntesis que dice "(Longitud de 10 Km. aproximadamente)" se refiera a la longitud "del sector", lo cual implicaría que un tramo de máximo 12 kilómetros no podría tener sino un solo sector de longitud (sic) 10 kilómetros. Esto contradice el procedimiento en la ingeniería de carreteras que requiere la posibilidad de subdividir el tramo en varios sectores para tener mejor caracterizados los tramos por sectores homogéneos.*"[386] –Se subraya–

De lo expuesto en este sentido por el auxiliar de la justicia puede advertirse que, según sus especiales conocimientos, la interpretación técnica adecuada que debe acogerse respecto del asunto en cuestión es la explicada en el numeral 1), según la cual, un "*tramo*" puede subdividirse en múltiples "*sectores*", habida cuenta que –en su entender–, la expresión "*(Longitud de 10 Km. aproximadamente)*" no atañe a la extensión del "*sector*", sino que corresponde a la longitud aproximada de un "*tramo de carretera*".

En estos términos, desde el punto de vista técnico, es válido entender para el caso concreto que un "*tramo*" puede subdividirse en varios "*sectores*", aspecto que tiene gran significación para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, toda vez que, "*... en la medida que las longitudes de los sectores sean menores, las imperfecciones de la vía concentradas en el sector a medir hacen que con mayor facilidad no cumpla con la calificación del índice de estado*

[386] Página 1 Pr24A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

mínima contractual exigida, en dicho sector. Por el contrario, en la medida en que las longitudes de los sectores sean mayores y similares a la del tramo, las imperfecciones concentradas en cierto sitio de la vía quedan diluidas con el promedio ponderado de la longitud total del tramo, viéndose disminuido su efecto en el índice ponderado del tramo. Por otra parte, la adopción de sectores de corta longitud proporciona mayor información tanto al Concesionario como al Interventor de los puntos que requieren corrección, facilitando las labores de mantenimiento y su control"[387] –subraya del Tribunal–.

Con claridad de lo expuesto hasta aquí, el Tribunal encuentra que para efectos de llevar a cabo la medición del índice de estado de la vía, las interventorías del contrato de concesión No. GG-040-2004 decidieron segmentar el corredor concesionado en quince (15) "*tramos de carretera*", frente a lo cual cabe destacar que los mismos no pueden confundirse con los doce (12) "*trayectos*" del proyecto como tal. En concreto, la siguiente gráfica correspondiente a la Figura No. 23A.2 contenida en el informe inicial del dictamen pericial técnico[388], da cuenta que la vía se fraccionó en quince (15) "*tramos*" para efectos de llevar a cabo la medición del índice de estado, así:

LOCALIZACIÓN DE LOS QUINCE (15) TRAMOS PARA MEDICIÓN ÍNDICE DE ESTADO:

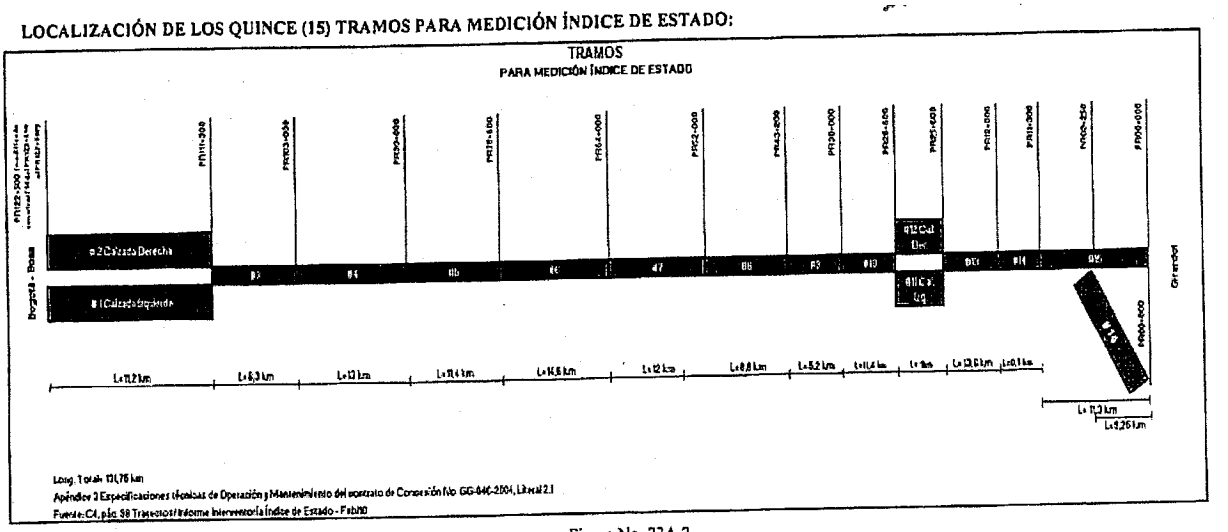

Figura No. 23A.2

Fuente: Informe Interventoría ConCol - B&C, Índice de Estado – Febrero de 2010 / Cuaderno de Pruebas del Tribunal No. 4, pág. 98 tabla 3.2 Subdivisión de de la vía por Tramos

El perito técnico precisó en su experticia que los quince (15) "*tramos*" en mención fueron identificados y delimitados en su momento por el Consorcio integrado por

[387] Página 5 Pr25A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.
[388] Página 2 Pr23A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

EDL LTDA., DIS LTDA. e IPC LTDA. y, posteriormente, con la llegada del Consorcio ConCol – B&C S.A., dicha división fue aceptada y aplicada también por esta nueva firma interventora[389]. Ahora bien, en lo que atañe a la subdivisión de dichos "*tramos*" en "*sectores*", el auxiliar de la justicia señaló que, "*... la interventoría Consorcio EDL LTDA., DIS LTDA., IPC LTDA, después de unas mediciones iniciales de los parámetros, adoptó sectores con una longitud aproximada de 1 kilómetro en la mayoría de los casos, medida ésta que fue adoptada y continuada por el interventor Consorcio ConCol – B&C S.A.*"[390] –destaca el Tribunal–.

De manera concreta, en la Tabla 24.A.3 contenida en el Informe Inicial del Dictamen Pericial Técnico, el auxiliar de la justicia identificó los "*tramos*" y los "*sectores*" definidos para la medición del índice de estado, así:

TRAMO	***# SECTORES***
1	*9*
2	*12*
3	*9*
4	*13*
5	*12*
6	*15*
7	*9*
7A	*7*
7C	*4*
8	*7*
8A	*4*
9	*6*
9B	*5*
10	*9*
11	*2*
12	*2*
13	*14*
14	*10*
14B	*1*
15	*12*

[389] "*El interventor Consorcio EDL LTDA., DIS LTDA., IPC LTDA. definió los tramos de la carretera para efectos de la medición del índice de estado, tal como se muestra en la figura No. 25.A.2. y fueron aceptados por el interventor Consorcio Concol – B&C S.A.*" (Página 3 Pr25A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico)

[390] Página 5 Pr25A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

En suma, las anteriores consideraciones dejan en evidencia que para el caso de la medición del índice de estado en el marco del contrato de concesión No. GG-040-2004, las firmas que han fungido como interventoras del proyecto decidieron en su momento dividir el corredor en quince (15) "*tramos de carretera*", los cuales –valga la reiteración– son distintos y no pueden confundirse con los doce (12) trayectos correspondientes a la vía concesionada. Así mismo, queda claro que fue decisión de las firmas interventoras subdividir dichos "*tramos*" en varios "*sectores*" de una longitud aproximada de un (1) kilómetro cada uno.

Cabe destacar en este sentido que, tras haberse solicitado al perito técnico que indicara si la subdivisión de los "*tramos*" en "*sectores*" de un (1) kilómetro cumplía o no con lo exigido contractualmente en materia de índice de estado y, además, si dicha decisión correspondía a una buena práctica de la ingeniería, el doctor Parra Ferro concluyó de manera contundente que este ejercicio, "*... sí cumple con lo exigido contractualmente y sí corresponde con la buena práctica de la ingeniería de pavimentos, además de que proporciona más información con más detalle tanto para la interventoría como para el Concesionario en cuanto a las correcciones que el Concesionario debe realizar. En el Apéndice 3 del contrato se establece la metodología para medir cada uno de los parámetros que conforman el índice de estado y exige que las mediciones se deben hacer cada kilómetro para todos los parámetros. A partir de esta exigencia contractual las interventorías terminaron por definir sectores de un kilómetro lo cual también cumple con la definición contractual de sector*"[391] –subraya del Tribunal–.

Fue categórico el experto en determinar que la subdivisión de los "*tramos*" en múltiples "*sectores*" de una longitud aproximada de un (1) kilómetro es un método del todo acorde con el contrato de concesión y constituye, a su vez, una buena práctica desde el punto de vista de la ingeniería. Además, es importante destacar que el perito técnico también señaló que la decisión de fraccionar los "*tramos*" en "*sectores*" de una longitud aproximada de un (1) kilómetro, no solo era necesaria para efectos de realizar la medición del índice de estado, sino que, además, era técnicamente conveniente debido a que proporcionaba información detallada sobre los puntos que debían corregirse, facilitándose de esta forma la ejecución de las actividades de mantenimiento de la vía. En palabras del auxiliar de la justicia se tiene lo siguiente:

> *"El perito considera que esa práctica de definir sectores de 1 km que estableció la primera interventoría EDL y que heredó y ratificó como metodología Concol, es adecuada y ofrece una medición del índice de estado*

[391] Página 1 Pr24A del Informe de respuesta a las Aclaraciones y Complementaciones del Dictamen Pericial Técnico.

cumpliendo las exigencias contractuales, además de proporcionar más detalle de lo que se debe corregir por parte del Concesionario, de si se definieron sectores más largos o variables entre diferentes mediciones a través del tiempo. En resumen, el perito no considera necesario sino conveniente lo que las interventorías definieron como longitud de sectores."[392] –Se subraya–

Queda claro de esta forma que el procedimiento adelantado por la Interventoría del contrato, en el sentido de realizar la medición del índice de estado por "*sectores*" de una longitud aproximada de un (1) kilómetro, corresponde a una buena práctica de la ingeniería que, además, era el todo conveniente para el proyecto, concluyéndose en este sentido que "*... la metodología aplicada se ciñe a lo establecido contractualmente*"[393], lo cual lleva a determinar que dicha práctica no merece reproche alguno como lo pretende la sociedad convocante.

Este panorama referido a la metodología que se contempló contractualmente para llevar a cabo la medición del índice de estado de la vía, deja en evidencia que el Apéndice No. 3 se encargó de fijar todas y cada una de las condiciones que debían atenderse por la Interventoría para efectuar la calificación del mencionado índice. Así mismo, en cuanto a la definición de los "*tramos*" y de los "*sectores*" en que fue fraccionado el corredor vial para la medición del índice de estado, está demostrado que la decisión tomada en este sentido por las firmas interventoras estuvo acorde con las estipulaciones contractuales, vale decir, el hecho de seccionar el corredor concesionado en quince (15) "*tramos de carretera*" y de subdividir los mismos en "*sectores*" de una longitud aproximada de un (1) kilómetro, fue una determinación técnica que se ajustó a las condiciones del contrato y, puntualmente, a las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimientos contempladas en el Apéndice No. 3, tal como se concluyó en el dictamen pericial técnico.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que mediante la pretensión 6.2 declarativa se pidió al Tribunal que determinara "*... la metodología de medición del índice de estado de la vía exigible a las partes*", es preciso declarar que la metodología de medición del índice de estado de la vía exigible a las partes es la contemplada en el contrato y, de manera puntual, la definida en el Apéndice No. 3, de conformidad con las consideraciones expuestas en el presente acápite.

Por su parte, considerando que la medición del índice de estado de la vía practicada por "*sectores*" de una longitud aproximada de un (1) kilómetro es un método que técnicamente se ajusta a las condiciones contractuales y,

[392] Página 2 Pr25A del Informe de respuesta a las Aclaraciones y Complementaciones del Dictamen Pericial Técnico.
[393] Página 3 Pr18C del Informe de respuesta a las Aclaraciones y Complementaciones del Dictamen Pericial Técnico.

particularmente, a las exigencias contempladas en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento definidas en el Apéndice No. 3, el Tribunal negará la pretensión 6.3 declarativa, dado que, la metodología de medición del índice de estado que en los términos expuestos ha sido exigida y aplicada por las firmas interventoras del proyecto, sí corresponde a la contemplada en el contrato de concesión No. GG-040-2004, según quedó visto.

El cumplimiento del índice de estado para el caso concreto – La comunicación Concol No. 01-3001-2010 de 31 de mayo de 2010

En la pretensión 6.4 declarativa y en la pretensión 1 declarativa consecuencial, referida a las Especificaciones Técnicas del contrato de concesión No. GG-040-2004 (comunicación Concol No. 01-3001-2010 de 31 de mayo de 2010), la parte convocante solicita al Tribunal que declare que en el marco de la relación contractual ha dado cumplimiento a las obligaciones concernientes a la medición del índice de estado de la vía. De manera puntual, en los hechos relatados en la demanda, la convocante se refiere a la medición del índice de estado que se llevó a cabo para los meses de noviembre de 2009 y marzo de 2010, frente a lo cual aduce que en su momento atendió todas y cada una de las exigencias efectuadas por la Interventoría y por el INCO para corregir los resultados obtenidos con dicha medición.

Las pruebas del proceso dan cuenta que la Interventoría, en conjunto con los representantes designados por el concesionario, adelantaron las actividades concernientes a la medición del índice de estado de la vía entre los meses de noviembre de 2009 y marzo de 2010[394]. Con ocasión de ello, la firma interventora expidió el Informe de Índice de Estado V.02 de febrero de 2010, remitido al INCO mediante oficio No. 01-1701-2010, con fecha treinta y uno (31) de marzo de 2012, en el cual expuso las siguientes conclusiones y recomendaciones:

> "*Los parámetros de rugosidad, ahuellamiento y deformaciones están dentro de los valores aceptados en la totalidad de los tramos analizados. En los sectores donde se obtuvo un IRI de calificación regular se sugiere identificar las causas posibles de este resultado y controlar las interferencias que generen incomodidad para el paso de los vehículos.*
>
> ***"La calificación del parámetro fisuras y grietas se encuentra por debajo del mínimo admisible en los tramos 3, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14 (PR11+300-PR12+000) y variante Fusagasugá; por lo anterior se***

[394] Véase: Comunicación No. 01-3001-2010 de treinta y uno (31) de mayo de 2010 (Cuaderno de Pruebas 1 – Folio 537)

***recomienda realizar los tratamientos correctivos a que haya lugar para reducir el porcentaje de área afectada a la mayor brevedad para prevenir la evolución de estos patrones a daños más complejos, que impliquen mayores inversiones**. En los tramos 1, 2, 4, 6, 7C, 8A, 9, 9B, 14 (PR0+00-PR9+250) y 15 la calificación de fisuras y grietas se encuentra dentro de los parámetros de calidad exigidos.*

*"**De acuerdo con los resultados, se recomienda corregir la textura superficial; para mejorar la calificación de resistencia al deslizamiento en los tramos 11 y 12 con el fin de garantizar la seguridad para los usuarios de la vía**. En los demás tramos los resultados obtenidos están sobre el mínimo admisible.*

"Las bermas y zonas laterales en todos los tramos se encuentran en buen estado general.

*"**Con respecto a la señalización, se debe mejorar la calificación en los tramos 1, 7, 8, 8A, 9, 9B, 10, 14 y 15**.*

*"Según los resultados y el análisis presentados, se concluye que el contratista ha mantenido y mejorado en (sic) índice de estado en la mayoría de los tramos de construcción con respecto al acta de entrega, **excepto en los tramos 11 y 12 pues el resultado está por debajo del mínimo exigido.***

*"**Con respecto a los tramos en operación, 13, 14 (PR111+300-PR12+000) y Variante Fusagasugá; el índice de estado se encuentran por debajo del mínimo de 4.5 establecido en el apéndice 2 (sic) del contrato, por lo que se le comunicará al concesionario estos resultados para que ejecute las acciones necesarias para reestablecer la calificación**."*[395] –Destaca el Tribunal–

La Interventoría condensó en estos párrafos los resultados encontrados en campo luego de realizar la medición del índice de estado de la vía en cada uno de los "*tramos*" en que se dividió el corredor concesionado. Como puede observarse, luego de realizar la calificación de los distintos parámetros, la firma interventora encontró que en algunos "*tramos*" no se cumplían ciertos elementos, requiriéndose de esta forma que el concesionario interviniera la vía a efectos de realizar las reparaciones necesarias hasta reestablecer la respectiva calificación. Puntualmente, los parámetros que no alcanzaron en su momento el puntaje mínimo requerido fueron los siguientes:

- ***Rugosidad***: No se obtuvo el IRI de calificación regular para el tramo 12 (Figura 7.3 del mencionado Informe de Índice de Estado).

[395] Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 116.

- ***Fisuras y grietas***: La calificación de este elemento estaba por debajo en los tramos 3, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14 (PR11+300-PR12+000) y en la variante Fusagasugá.

- ***Resistencia al deslizamiento***: Se recomendaba corregir la textura superficial en los tramos 11 y 12.

- ***Señalización:*** Se debía mejorar la calificación para los tramos 1, 7, 8, 8A, 9, 9B, 10, 14 y 15.

Teniendo en cuenta lo anterior, luego de ponderar los resultados de los parámetros señalados en comparación con el factor de influencia indicado en la Tabla No. 1 del Apéndice No. 3, la Interventoría determinó en el mencionado informe que los tramos 11, 12, 13, 14 y la denominada variante Fusagasugá no cumplían con el índice de estado mínimo que se exigía en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento contempladas en el Apéndice No. 3.

Antes de abordar el análisis de cumplimiento referido a los tramos en mención, es importante destacar que en el Apéndice No. 3 se establecieron los plazos o términos en los cuales debían ejecutarse las acciones tendientes a corregir el índice de estado en cuanto a los parámetros que no cumplían con el mínimo exigido contractualmente. En este sentido, el perito técnico[396] se encargó de resumir este preciso aspecto, relacionando en una gráfica el elemento de calificación correspondiente y el periodo que se definió para su corrección en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento, así:

ELEMENTO	VALOR MAX. ADMISIBLE	PERIODO PARA CORREGIRSE
IRI	6.5 m/km	2 meses
AHUELLAMIENTO	25 mm	2 meses
DEFORMACIÓN	40 mm	2 meses
FISURAS Y GRIETAS	DAÑOS GRAVES	INMEDIATAMENTE
	Daños > 1% en área evaluada	30 días
DESLIZAMIENTO	Para C.R.D. > 55	30 días
	Para C.R.D. < 0 = 45	15 días

[396] Página 1 Pr27A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.

Como se ve, fueron claros los términos en que el Apéndice No. 3 definió los plazos límite para corregir el índice de estado y cumplir con la calificación de cada uno de los elementos correspondientes.

La firma interventora remitió con destino al concesionario la comunicación No. 01-1788-2010 de ocho (8) de abril de 2010[397], poniendo de presente a través de la misma los resultados obtenidos luego de efectuarse la medición del índice de estado de la vía y solicitando en consecuencia que se adelantaran las reparaciones correspondientes en un plazo máximo de treinta (30) días contado a partir del recibo del oficio en mención.

Concretamente, se informó a la sociedad concesionaria que de acuerdo con los resultados expuestos en el Informe de Índice de Estado V.02 de febrero de 2010, el índice de estado mínimo que se exigía contractualmente no se cumplía en los "*tramos*" 12, 13, 14 ni en la variante de Fusagasugá. Al respecto, se dijo en este oficio que:

> "*Teniendo en cuenta que los tramos Nos. 12, 13, 14, y la variante de Fusagasugá, presentan principalmente problemas de fisuras y grietas, se requiere que el Concesionario realice las reparaciones antes de treinta (30) días, a partir de esta comunicación. La programación de estas actividades debe ser informada a la Interventoría en forma oportuna para realizar el seguimiento y la verificación correspondiente.*"

Sin perder de vista que la comunicación estudiada no hizo referencia al tramo 11 –que según se vio tampoco cumplía con el índice de estado–, vale destacar como la Interventoría de manera expresa instó a la sociedad concesionaria para que adelantara las actividades necesarias a fin de corregir el índice de estado, señalando, incluso, el plazo correspondiente para tal efecto.

Posteriormente, en comunicación No. 01-1905-2010 de catorce (14) de abril de 2010[398], la Interventoría –siendo más específica que en la misiva anterior– precisó a la concesionaria ya no los "*tramos*" sino los "*sectores*" que no cumplían con los valores mínimos exigidos en el Apéndice No. 3, requiriendo igualmente al contratista para que realizara las reparaciones correspondientes "*... antes de treinta (30) días a partir de esta comunicación*".

De manera específica, indicó en este sentido los "*sectores*" donde habrían de ejecutarse reparaciones por la presencia de ***fisuras y grietas***, por problemas de ***resistencia al deslizamiento*** y por ***bermas en mal estado***. Por último, reiteró la

[397] Documento aportado como anexo a la experticia de parte elaborada por Luis Ernesto Escobar Neuman.
[398] Documento aportado como anexo a la experticia de parte elaborada por Luis Ernesto Escobar Neuman.

necesidad de contar con la programación de las actividades de reparación para los "*sectores*" indicados, así como el pronto inicio de las mismas.

Reposan en el expediente las comunicaciones con radicado No. CABG-GR-1130-10, CABG-GR-1133-10 y CABG-GR-1138-10, todas con fecha diecinueve (19) de abril de 2010 [399], las cuales fueron remitidas por la sociedad concesionaria a los subcontratistas Consorcio Bogotá Fusa, Vergel y Castellanos S.A. y Consorcio Bogotá Fusa, respectivamente.

Es determinante para el Tribunal hacer referencia a los mencionados oficios habida cuenta que, a través de los mismos, la sociedad concesionaria requirió a sus subcontratistas para que adelantaran las actividades tendientes a corregir el índice de estado de la vía en los distintos tramos que se habían identificado por parte de la firma interventora. Se destaca a este respecto que en cada una de estas comunicaciones la concesionaria manifiesta que desde el mes de enero de 2010 les había solicitado que ejecutaran las labores tendientes a cumplir con esta precisa obligación; sin embargo, la misma concesionaria los reconvenía de manera expresa tras advertir que para la fecha de los oficios estudiados (19 de abril de 2010) no se habían realizado las actividades requeridas para la corrección del índice de estado.

- A través de la comunicación No. CABG-GR-1130-10 dirigida al Consorcio Bogotá Fusa, la Ingeniera de Pavimentos de la concesionaria manifestó que desde el veinte (20) de enero de 2010, esto es, antes de rendirse el Informe de Índice de Estado, se había informado al consorcio subcontratista que, "*... la Variante de Fusagasugá Incumple el Índice de Estado en lo que se refiere al elemento de Grietas y Fisuras y se les requirió ejecutar las reparaciones requeridas en el pavimento hasta lograr la calificación mínima admisible contractual (4.0). A la fecha, ustedes no han realizado las actividades requeridas*".

  Continuó señalando la concesionaria que en el Informe de Índice de Estado V.02 de febrero de 2010, la Interventoría había encontrado precisamente que en la variante de Fusagasugá se había incumplido con la calificación del índice de estado, razón por la cual, "*... **a partir del día 12 de Abril se cuenta con 30 días calendario para restablecer la calificación del trayecto en cuanto a grietas y fisuras***".

  En estos términos, se requirió expresamente al consorcio subcontratista para que "*... antes del 12 de mayo de 2010 estén ejecutadas las*

[399] Cuaderno de Pruebas No. 95 – Folios 274 a 279.

reparaciones de pavimento que se requieren para dar cumplimiento a lo establecido en el Contrato de Concesión en el Capítulo 3 Índice de Estado (Porcentaje de Área de Daño máximo 1%)".

Como puede observarse, según lo expuesto por la misma sociedad concesionaria, para la fecha del oficio analizado se tenía total claridad en cuanto a la obligación de realizar las tareas de corrección del índice de estado, así como del término de treinta (30) días que se había concedido para tal efecto.

- En similares términos, la Ingeniera de Pavimentos de la concesión se dirigió al subcontratista Vergel y Castellanos S.A., mediante la comunicación No. CABG-GR-11-33-10, señalando de manera determinante que en siete (7) oficios anteriores ya les había informado que en los tramos 10, 11, 12 y 13 se estaba incumpliendo con el índice de estado mínimo requerido por el contrato en lo que tenía que ver con el elemento de ***grietas y fisuras***, "*... por lo que se les ha requerido ejecutar las reparaciones para restablecer la calificación mínima admisible. A LA FECHA USTEDES NO HAN EJECUTADO LAS ACTIVIDADES DE REPARACIÓN*".

  A renglón seguido, tratándose de la atención de ***sitios críticos***, destacó la concesionaria que en las comunicaciones que se habían enviado con anterioridad se les informaba sobre la necesidad de atender estos sitios "*... de manera inmediata. A LA FECHA USTEDES NO HAN ATENDIDO ESTOS SITIOS*".

  De manera enfática, la Ingeniera de Pavimentos de la concesión dijo también que ya les había informado "*... que el Sector PR 27+000 a PR 30+500 representa Peligro a los Usuarios debido al riego de liga en áreas grandes que ustedes realizaron, el cual que no solo no solucionó el tema de las grietas y fisuras (lógicamente porque este (sic) no es la forma de tratarlas) sino que además disminuyó el Coeficiente de Resistencia al Deslizamiento, obteniendo en el sector un CRD inferior a 42 lo que conforme al Contrato de Concesión debe ser corregido en un plazo máximo de 15 días; el requerimiento les fue hecho el 24 de Marzo de 2010 y A LA FECHA USTEDES NO HAN EJECUTADO LAS ACTIVIDADES DE CORRECCIÓN*".

  Tomando en cuenta lo anterior y ante la expedición del Informe de Índice de Estado V.02 de febrero de 2010, la concesionaria le informó al subcontratista que habían recibido un requerimiento de parte de la Interventoría por el "*... INCUMPLIMIENTO DE ÍNDICE DE ESTADO, **por***

lo que a partir del día 15 de Abril se cuenta con 30 días calendario para restablecer la calificación del Elemento Grietas y Fisuras en todos los tramos en que se incumple el mismo. Se requiere entonces que antes del 15 de Mayo de 2010, en el pavimento de los tramos 10, 11, 12 y 13 (conforme al asunto), estén ejecutadas las reparaciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en el Contrato de Concesión".

Claramente se advierte de lo dicho en este comunicado que la concesionaria tenía conocimiento previo del incumplimiento del índice de estado para los tramos 10, 11, 12 y 13, en lo referente al tema de grietas y fisuras. Así mismo, conocía de la existencia de sitios críticos en el proyecto. No obstante ello, pese a que le había informado de esta situación al subcontratista encargado de estos trayectos, pudo advertir para ese momento que ninguna actividad se había ejecutado con tal objeto, requiriendo entonces a Vergel y Castellanos S.A. para que ejecutara las labores de reparación y corrección que fueran necesarias en un plazo límite de treinta (30) días.

- En la comunicación No. CABG-GR-1138-10, dirigida por la Ingeniera de Pavimentos de la Concesionaria al Consorcio Bogotá Fusa, se manifestó al igual que en los anteriores oficios que en dos (2) comunicaciones de enero de 2010 ya se había informado acerca del incumplimiento del índice de estado –respecto del elemento de grietas y fisuras– en los tramos 3, 5 y 6. Así mismo, dice el oficio de la concesionaria que "*... recibimos el requerimiento por INCUMPLIMIENTO DE INDICE DE ESTADO, en los elementos Grietas y Fisuras, Daños en Bermas y Coeficiente de Resistencia al Deslizamiento; por lo que a partir del 15 de Abril se cuenta con 30 días calendario para restablecer la calificación de los elementos que incumplen lo admisible contractual (sic)*".

  A raíz de lo anterior, se requería al subcontratista para que ejecutara las reparaciones necesarias a fin de cumplir con el índice de estado exigido contractualmente, antes del quince (15) de mayo de 2010.

El contenido de las comunicaciones tiene una marcada significación frente al *sub judice*, toda vez que la sola lectura de las mismas deja en evidencia que la sociedad concesionaria tenía plena claridad en cuanto a lo acontecido con el índice de estado de la vía y, especialmente, sobre los plazos en que debía ejecutar las actividades de reparación y corrección tendientes a cumplir con el índice de estado mínimo exigido en el Apéndice No. 3. Particularmente, en lo que tenía que ver con el elemento de grietas y fisuras, la concesionaria manifestó

expresamente que para tal efecto se contemplaba en el contrato un plazo máximo de treinta (30) días, el cual vencía el quince (15) de mayo de 2010.

El seis (6) de mayo de 2010, esto es, casi un mes después de la fecha en que la Interventoría había requerido al contratista para que ejecutara las actividades tendientes a corregir el índice de estado, el Gerente General de la sociedad concesionaria remitió una nueva comunicación con radicado No. CABG-GR-1350-10[400] dirigida a sus subcontratistas, en la cual señalaba que a pesar de haberlos requerido desde el mes de enero de 2010 para que adelantaran las labores de corrección del índice de estado en los tramos que le correspondían a cada uno, ningún subcontratista había iniciado aún las intervenciones de reparación respectivas.

Igualmente, les indicaba que de acuerdo con el plazo contractual contemplado para tal efecto y teniendo en cuenta la fecha de la comunicación mediante la cual fueron requeridos por la Interventoría para que se corrigiera el índice de estado, éste vencía el quince (15) de mayo de 2010; sin embargo, al advertir que restaba poco tiempo para la terminación de dicho término, les puso de presente la necesidad de solicitar un plazo adicional para llevar a cabo las mencionadas actividades, proponiendo con este objeto un Cronograma de Correcciones del Índice de Estado. En palabras de la concesionaria, se dijo expresamente que:

> "*Mediante diferentes comunicaciones emitidas desde Enero de 2010, la Concesión les informó sobre los Incumplimientos del Índice de Estado que presentan sus tramos, también se les informó que el Plazo para la restitución de la Calificación,* ***conforme a lo establecido por el Contrato de Concesión y a la fecha de emisión de la comunicación de la Interventoría, se cumple el día 15 de mayo de 2010; sin embargo, a la fecha ningún contratista ha dado inicio a las labores*** *por lo que toda consecuencia generada por el incumplimiento de las exigencias contractuales deberá ser asumida por el Contratista correspondiente.*
>
> *"La Concesión con el fin de solicitar plazo a la Interventoría y al INCO, elaboró un Cronograma de Correcciones de Índice de Estado, el cual se les envía anexo a la presente comunicación. Dicho cronograma se elaboró bajo los siguientes parámetros: (...)*
>
> *"Se requiere entonces que cada uno de ustedes revise el cronograma planteado por la Concesión y que a más tardar el lunes 10 de mayo de 2010 presenten sus comentarios y observaciones; es de suma importancia que dicha revisión sea realizada de inmediato puesto que no es favorable presentar la solicitud de plazo cuando se haya vencido el plazo contractual."*

[400] Cuaderno de Pruebas No. 95 – Folios 183 a 185.

La lectura de la citada misiva no deja duda de la razón que llevó a la concesionaria a elaborar un Cronograma de Correcciones de Índice de Estado y a solicitar con base en el mismo la ampliación del plazo contemplado en el contrato para tal efecto. Con claridad se advierte en este sentido que para el momento de dicha comunicación había pasado casi un mes desde el requerimiento formal de la Interventoría, de manera que estaba cerca el plazo límite para cumplir con la obligación de reparación y corrección del índice de estado, sin que para ese momento se hubieren iniciado aún las actividades correspondientes.

A través de la comunicación No. 01-2618-2010 de veinte (20) de mayo de 2010[401], la firma interventora se refirió al Cronograma de Correcciones de Índice de Estado elaborado por la concesionaria, manifestando al respecto que "*... la Interventoría no acepta el cronograma presentado ya que no se ajusta a los requerimientos contractuales, por consiguiente, se requiere al Concesionario para que proceda a presentar una programación ajustada a los plazos establecidos en el contrato, y dé inicio inmediato a las actividades de rehabilitación y mantenimiento pertinentes. Lo anterior sin perjuicio de las acciones sancionatorias a que haya lugar*".

Para la Interventoría, la intervención de las grietas y fisuras encontradas en el pavimento luego de realizarse la medición del índice de estado, así como la reparación de las bermas en mal estado, debía ejecutarse en un tiempo máximo de treinta (30) días, razón por la cual no era admisible que a través del Cronograma de Correcciones se estuviere contemplando para tal efecto un plazo adicional, el cual, incluso, comenzaba a correr a mediados de julio de 2010 –según lo proponía la concesionaria–.

Fue así como, mediante comunicación ConCol No. **01-3001-2010**, de treinta y uno (31) de mayo de 2010, se dio inicio al proceso de disminución a la remuneración en contra de la concesionaria por no cumplir con las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento contempladas en el Apéndice No. 3, particularmente, en lo referido al índice de estado de la vía.

La Interventoría manifestó en el comunicado en mención que, una vez se rindió el Informe de Índice de Estado V.02 de febrero de 2010, el mismo fue puesto en conocimiento de la sociedad concesionaria, a quien se requirió en diversas oportunidades para que ejecutara las actividades de reparación del índice de

[401] Cuaderno de Pruebas No. 95 – Folios 404 y 405.

estado y cumpliera de esta forma con la calificación del elemento o parámetro correspondiente.

No obstante lo anterior, la firma interventora adujo que a la fecha de su comunicación, "*... el Concesionario no ha realizado las obras necesarias para corregir el mal estado del pavimento por concepto de fisuras y grietas, y el mal estado de las bermas, reparaciones a las que está obligado a realizar dentro de los 30 días siguientes al requerimiento de la Interventoría, como así lo dispone el Apéndice 3 del contrato de Concesión GG-040-2004. Situación que a la fecha persiste*".

En estos términos, la Interventoría consideró que había lugar a imponer a la sociedad concesionaria una disminución a la remuneración, luego de constatar que:

- No se habían atendido los requerimientos efectuados por la firma interventora en relación con la reparación de los tramos y la corrección del índice de estado

- No se atendió el plazo otorgado para la estabilización de sitios críticos y para realizar el mantenimiento de la obra

- Y no se cumplió el plazo contemplado en el contrato para corregir las deficiencias presentadas en la estructura del pavimento que se evidenciaron con la medición del índice de estado de la vía

Con ocasión del comunicado anterior, la sociedad concesionaria remitió con destino al INCO dos oficios con radicado No. CABG-IN-0398-10 y CABG-IN-0434-10, de dieciséis (16) de junio de 2010 y dos (2) de julio de 2010, respectivamente. Mediante ambos escritos, la contratista se opuso expresamente a la disminución de ingreso aplicada en contra suya, argumentando al respecto que:

Primero, la Interventoría perdió de vista que la sociedad concesionaria había solicitado un plazo para la restitución de la calificación de los elementos inherentes al índice de estado mediante la presentación de un Cronograma de Correcciones de Índice de Estado, el cual se había elaborado de conformidad con el denominado Protocolo para la Corrección del Índice de Estado y con el Acta de Acuerdo de Correcciones de Índice de Estado, que se habían incluido como parte del Apéndice No. 3, por disposición del Otrosí No. 14 de dieciocho (18) de diciembre de 2006.

A juicio de la concesionaria, debían aplicarse para el caso concreto los términos que se habían proyectado en el mencionado cronograma y no los definidos en el contrato, habida cuenta que se trataba de zonas altamente afectadas y su reparación requería de plazos especiales de acuerdo con el referido Protocolo para la Corrección del Índice de Estado.

Segundo, que no era cierto lo manifestado por la Interventoría en su comunicación de treinta y uno (31) de mayo de 2010, cuando indicó que para esa fecha no se habían iniciado las tareas para la corrección del índice de estado, habida cuenta que en ese momento ya se estaban llevando a cabo dichas actividades de reparación.

Y tercero, que debía tenerse en cuenta por parte de la Interventoría que de acuerdo con lo definido en el contrato de concesión No. GG-040-2004, los plazos que se establecieran en "*días*" debían entenderse como hábiles y no contarse conforme al calendario, como lo estaba aplicando la firma interventora.

Tomando en cuenta los argumentos esbozados por la sociedad concesionaria, el Tribunal advierte que los mismas no justifican su comportamiento incumplido respecto de la oportunidad en la ejecución de las actividades de corrección del índice de estado.

En efecto, como pudo evidenciarse anteriormente cuando se hizo referencia al contenido de la comunicación No. CABG-GR-1350-10[402], dirigida por la sociedad concesionaria a sus subcontratistas, la decisión de elaborar y proponer un Cronograma de Corrección de Índice de Estado no surgió por la necesidad de realizar reparaciones en "*zonas altamente afectadas*" cuya intervención pudiera requerir de plazos especiales –como lo indicó la concesionaria–, sino que, por el contrario, la presentación de dicho cronograma surgió como argumento para solicitar un plazo adicional ante el inminente vencimiento de los treinta (30) días contemplados contractualmente para la corrección de las grietas y fisuras, así como para la reparación de las bermas en mal estado.

Cada una de las comunicaciones expuestas en los párrafos precedentes, dirigidas por la sociedad concesionaria a los subcontratistas que bajo su responsabilidad ejecutaban las obras del contrato, da cuenta que en todo momento se tuvo claridad en cuanto a los plazos máximos que estaban definidos por el contrato para la corrección del índice de estado, esto es, de los treinta (30) días que se tenían para ejecutar las actividades tendientes a restituir el mencionado índice de estado. Así mismo, dichas comunicaciones dejan en

[402] Cuaderno de Pruebas No. 95 – Folios 183 a 185.

evidencia que, pese a los distintos requerimientos efectuados por la propia sociedad concesionaria a sus subcontratistas a fin de que llevaran a cabo las respectivas labores de reparación, las mismas no se realizaron oportunamente.

Para el Tribunal no puede ser de recibo el argumento propuesto por la concesionaria en el sentido de indicar que las reparaciones en cuestión debían realizarse en los plazos proyectados en el Cronograma de Corrección de Índice de Estado, pues está demostrado que dicha herramienta del todo improvisada fue elaborada y presentada única y exclusivamente para resolver o solucionar el eminente vencimiento del plazo de treinta (30) días que tenían para ejecutar las distintas actividades tendientes a restituir el índice de estado.

Ahora bien, en gracia de discusión, el Tribunal observa que el referido Protocolo para la Corrección del Índice de Estado[403] tenía por objeto establecer "*... los procedimientos a seguir para determinar las causas que originan las fallas en los diferentes sectores de la vía, las estrategias, alternativas y actividades a seguir para llevar a cabo la corrección del índice de estado y los elementos y el tiempo que se requiere para llevar a cabo las respectivas intervenciones*".

Concretamente, dicho Protocolo estaba encaminado a servir de guía para establecer los procedimientos y los tiempos que se requerían en los eventos de corregir el índice de estado para "*... aquellos sitios que requieran estudios detallados*"[404], esto es, que implicaran "*... reparaciones o mejoramientos de la vía relacionadas con las fallas estructurales*"[405], de manera que su aplicación no procedía en cualquier evento ni para cualquier tipo de intervención.

Ahora bien, de llegar a evidenciarse la necesidad de aplicar para un caso concreto el referido Protocolo para la Corrección del Índice de Estado, era obligación del concesionario extractar "*... del Informe de Índice de Estado presentado por parte de la Interventoría los sitios a intervenir restando aquellos que por atención prioritaria ya han sido intervenidos. En un plazo de 1 Semana El Concesionario generará un listado de los sitios y programará la evaluación de los mismos. Esta etapa es considerada como la Etapa Base del proceso, ya que su desarrollo en forma minuciosa la convierte en un mecanismo eficiente para detectar las causales del daño y a su vez en un medio para establecer la solución más conveniente a aplicar*"[406].

[403] Cuaderno de Pruebas No. 85 – Folios 9 a 26.
[404] Página 4 del Protocolo para la Corrección del Índice de Estado.
[405] Página 2 Pr27A del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Técnico.
[406] Página 14 del Protocolo para la Corrección del Índice de Estado.

Esta acotación permite advertir que frente al caso concreto la contratista ni siquiera cumplió con lo establecido en el Protocolo para la Corrección del Índice de Estado, pues su aplicación suponía necesariamente que en la semana siguiente a la fecha en que recibió el Informe de Medición de Índice de Estado V. 02 de febrero de 2010, tenía que generar un listado de los sitios a intervenir y, además, debía programar la evaluación de los mismos. Nada de esto fue practicado por la sociedad concesionaria, al punto en que solo hasta el doce (12) de mayo de 2010, esto es, casi un mes después de haber recibido el requerimiento de la Interventoría para que se efectuaran las reparaciones del índice de estado, se presentó el cronograma de correcciones en cuestión.

Queda claro en estos términos que el hecho de haberse elaborado y presentado un cronograma para la corrección del índice de estado no justifica el comportamiento incumplido de la concesionaria, pues, además de que el mismo fue propuesto de manera improvisada como un simple argumento para obtener un plazo adicional para corregir el índice de estado, tras observar el vencimiento inminente de los términos contractualmente contemplados para tal efecto, tampoco se cumplió con las condiciones que al respecto definía el denominado Protocolo para la Corrección del Índice de estado.

Ahora bien, en lo único que le asistía la razón a la concesionaria de acuerdo con lo manifestado en sus comunicaciones de oposición, era en que los treinta (30) días que señalaba el contrato para llevar a cabo las labores de corrección debían computarse como hábiles y no en días calendario, pues así lo define el mismo contrato de concesión No. GG-040-2004, cuando en su cláusula 1.15 dispone lo siguiente:

> *"1.15 "Días" o "Días Hábiles" y "Días Calendario"*
>
> *"Siempre que en los documentos de la Licitación o del Contrato se haga referencia a "Días" o a "Días Hábiles" se entenderá como los comprendidos entre el lunes y viernes incluidos, exceptuando los días en los cuales las dependencias del Estado no presen servicio al público en general en la República de Colombia. Sólo cuando los documentos de la Licitación y del Contrato se refieran a "Días Calendario" los plazos en días se contarán corridos, incluidos los no laborales."*

Bajo este entendimiento, se tiene que los treinta (30) días con que contaba la concesionaria para adelantar las actividades de reparación y cumplir con la restitución del índice de estado no vencían el quince (15) de mayo de 2010, sino el día veintiocho (28) del mismo mes y año. Sin embargo, teniendo en cuenta esta fecha límite, se encuentra que la concesionaria tampoco cumplió en dicho término con su obligación de corregir el índice de estado.

Adicionalmente, es necesario hacer referencia en este punto a las comunicaciones No. CABG-GR-1896-10[407] y CABG-GR-2000-10[408], de fecha ocho (8) de julio de 2010 y de veintitrés (23) de julio del mismo año, respectivamente, las cuales fueron remitidas por la sociedad concesionaria al subcontratista Vergel y Castellanos.

En el primer oficio se reprochó al subcontratista que para esa fecha no se hubiere restituido la calificación correspondiente a los tramos 10, 11, 12 y 13, "*... por lo que a la fecha, el incumplimiento del Índice de Estado, elemento de Grietas y Fisuras, para los tramos sin atender, sigue vigente y adicional el plazo se encuentra vencido desde el día 28 de mayo de 2010. Dentro de los tramos que aun no han sido atendidos, varios presentan un estado pésimo de pavimento y requieren la atención inmediata del mismo*".

A su vez, en la segunda comunicación, la Gerente de Construcción de la concesión reitera al subcontratista que, "*... el Incumplimiento del Índice de Estado sigue vigente, dado que no ha sido ejecutada la totalidad de las reparaciones requeridas en los tramos. Mediante la comunicación del asunto, VYC-CABG-1267-12/07/2010, ustedes informan que están llevando a cabo las obras de reparcheo; sin embargo, tal como se mencionó en la comunicación CABG-GR-1896-10 de 09 de Julio de 2010, desde el 07 de Julio de 2010, no se evidencian trabajos de reparación en los sitios que les restan por atender*".

No hay duda de la importancia que tienen para el proceso las manifestaciones expuestas en los oficios citados, pues allí se deja constancia expresa del incumplimiento en que a juicio de la misma concesionaria se estaba incurriendo en relación con el índice de estado, al señalarse de manera contundente que el término para llevar a cabo las reparaciones tendientes a corregir el índice de estado de los tramos en mención había vencido desde el veintiocho (28) de mayo de 2010.

A través de comunicación con radicado No. 01-5233-2011, de dieciocho (18) de agosto de 2011[409], la Interventoría se refirió expresamente al estado de ejecución de las reparaciones correspondientes al índice de estado de los tramos estudiados, señalando en este sentido lo siguiente:

- Que de acuerdo con el informe de evaluación de índice de estado radicado mediante oficio No. 201114090195732 del trece (13) de julio de

[407] Cuaderno de Pruebas No. 95 – folios 280 a 286.
[408] Cuaderno de Pruebas No. 95 – Folios 287 a 289.
[409] Cuaderno de Pruebas No. 20 – Folios 126 a 128.

2011, pudo constatarse que para la Variante de Fusagasugá se obtuvo la calificación mínima de 4.5 con lo cual se cumplía el índice de estado.

- Que de acuerdo con el informe de evaluación de índice de estado radicado mediante oficio No. 20114090134752 de dieciocho (18) de mayo de 2011, se verificó que para los tramos 11, 12 y 14 se cumplía con el índice de estado mínimo que exigía el contrato.

- Que en todo caso el tramo 13 no cumplía aún para esa fecha con el índice de estado mínimo.

La Interventoría concluyó que según las consideraciones expuestas, no se atendió por parte de la sociedad concesionaria *"... el plazo contemplado contractualmente para corregir las deficiencias presentadas en la estructura de pavimento, mostradas a partir de la medición del índice de Estado"*.

Por último, de acuerdo con los resultados expuestos en el Informe Final de Interventoría correspondiente al periodo comprendido entre mayo de 2009 y abril de 2012, remitido al INCO mediante comunicación No. 948-2672-2012 de quince (15) de agosto de 2012[410], el Tribunal encuentra que tratándose de la corrección del índice de estado para el tramo 13 antes mencionado, el concesionario solo alcanzó el índice mínimo exigido por el contrato hasta el mes de septiembre de 2011, de acuerdo con la información contenida al respecto en la Tabla 11-7 de la página 89 de dicho informe.

Las distintas consideraciones expuestas por el Tribunal en el presente acápite permiten concluir de manera clara que la sociedad concesionaria no cumplió con las obligaciones concernientes al índice de estado luego de la medición realizada durante los meses de noviembre de 2009 y marzo de 2010 –Informe de Índice de Estado V.02 de febrero de 2010–, circunstancia que de manera consecuencial permite señalar también que la contratista no cumplió con las obligaciones a que se refirió en su momento la Interventoría mediante la comunicación Concol No. 01-3001-2010 de treinta y uno (31) de mayo de 2010.

De manera puntual, el Tribunal encontró probado en el proceso lo siguiente: ***primero***, que luego de expedirse el Informe de Medición de Índice de Estado V.02 de febrero de 2010, la Interventoría requirió formalmente a la concesionaria para que en el término de treinta (30) días ejecutara las actividades tendientes a restituir las calificación de dicho índice para unos tramos en particular; ***segundo***, que de acuerdo con el Apéndice No. 3, el término contemplado para efectuar las

[410] Cuaderno de Pruebas No. 57 – Folios 1 a 156.

reparaciones de los parámetros correspondientes a grietas y fisuras, resistencia al deslizamiento y a las bermas en mal estado, era de treinta días (30) hábiles, de ahí que para el caso concreto dicho plazo vencía el veintiocho (28) de mayo de 2010; ***tercero***, que la sociedad concesionaria y los subcontratistas que bajo su responsabilidad ejecutaban obras en el marco del proyecto vial tenían pleno conocimiento del Informe de Medición de Índice de Estado V.02 de febrero de 2010 e, igualmente, tenían claridad en cuanto a que, el término máximo para ejecutar las actividades correspondientes a la corrección del índice de estado era el contemplado al respecto en el Apéndice No. 3; ***cuarto***, que solo al constatar que los subcontratistas no habían ejecutado las actividades tendientes a la reparación de los tramos para restituir el índice de estado y luego de advertir que era inminente el vencimiento del plazo correspondiente, la concesionaria elaboró y presentó un Cronograma de Corrección del Índice de Estado, pretendiendo con ello que se aprobara una ampliación de los plazos consagrados en el contrato para adelantar las labores de restitución del índice de estado; ***quinto***, que en todo caso, pese a la improcedencia y a la no aceptación del mencionado Cronograma de Corrección del Índice de Estado según lo indicó la Interventoría en su momento, la concesionaria ni siquiera cumplió con las condiciones que para tal efecto contemplaba el Protocolo para la Corrección del Índice de Estado; ***sexto***, que vencido el plazo en mención, hecho que tuvo lugar el veintiocho (28) de mayo de 2010, la sociedad concesionaria –sin tener una justificación válida– no había ejecutado las actividades de reparación en los tramos correspondientes y, en consecuencia, no había restituido en tiempo los índices de estado para estas zonas en particular; y ***séptimo***, que una vez fenecido el referido término, pasó un tiempo considerable antes que la sociedad concesionaria *restituyera la calificación* de los tramos 11, 12, 13 y 14 y de la Variante de Fusagasugá, al punto en que el último tramo solo alcanzó la calificación mínima en septiembre de 2011.

Este panorama deja en evidencia el incumplimiento de la sociedad concesionaria en lo referente al índice de estado de la vía y, por ende, el Tribunal tendrá por demostrada la excepción 6 de mérito, en su numeral iii), propuesta por la entidad pública convocada y, en consecuencia, se denegará la pretensión declarativa 6.4, así como la pretensión 1 declarativa consecuencial, en lo concerniente a las Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión GG-040-2004, comunicación Concol No. 01-3001-2010 de treinta y uno (31) de mayo de 2010.

8. INDEXACIÓN DE LAS TARIFAS DE PEAJE DENTRO DEL MARCO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN GG-040-2004

Posición de la parte convocante

La pretensión número 8 de la demanda reformada que hace parte de las denominadas "declarativas de interpretación del contrato", reza:

> *"**DECLARAR** el incumplimiento grave del **INCO** en el pago de la indexación tarifaria desde el año 2005."*

La convocante fundamenta su petición en algunas cláusulas contractuales y en una serie de hechos que se resumen a continuación.

Expone la convocante que en los meses de enero de los años 2005 a 2009 se llevó a cabo la indexación de las tarifas de peaje de la Concesión de acuerdo con las normas contractuales pertinentes.

Expone también la demandante que mediante comunicación de 16 de octubre de 2009, el INCO envió a la Concesión una solicitud de la Contraloría General de la República sobre la indexación de tarifas de peaje en la Concesión Bogotá-Girardot. La entidad de control observó que mientras el numeral 1.24 de la cláusula 1 del Contrato, al establecer las tarifas de peaje, dice que su valor está expresado en pesos de diciembre de 2002 de acuerdo con la Resolución 007100 de 2003 expedida por el Ministerio de Transporte, esta resolución expresa esos valores en pesos de enero de 2003.

Adicionalmente, la Contraloría percibió una contradicción entre la cláusula 20 del Contrato y la resolución citada, en cuanto a la forma de calcular la indexación de las tarifas. La primera *"dispone que la indexación de las tarifas de peaje se realizará de acuerdo con la variación del IPC del mes de noviembre del año anterior a la fecha del último reajuste y el IPC de diciembre del año calendario anterior a la fecha en que deba hacerse el reajuste..."*. Por su parte *"la Resolución 007100 de 2003 establece que la indexación se realiza de acuerdo con la variación del IPC del mes de diciembre del año anterior a la fecha del último reajuste y el IPC de diciembre del año calendario anterior a la fecha en que deba hacerse el reajuste."*

Concluye la Contraloría que *"de haber dado estricto cumplimiento a la resolución, el Concesionario no hubiera cobrado tarifas en montos superiores a las establecidas en el Contrato para algunas categorías de vehículos..."* y que de acuerdo con la cláusula 29.1.14 del Contrato el

Concesionario debe rebajar las tarifas, reembolsar al INCO lo cobrado en exceso y padecer una disminución de ingresos.

Continúa la apoderada de la convocante diciendo que el 26 de octubre de 2009, el Concesionario respondió la comunicación del INCO mediante la cual se le dio a conocer el informe de la Contraloría y al respecto expresó que la indexación de las tarifas de peaje se había venido haciendo según lo dispone el numeral 20.2 de la cláusula 20 del Contrato.

El día 15 de enero de 2010, el INCO comunicó que la indexación de las tarifas de peaje debía hacerse de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 007100 de 2003 del Ministerio de Transporte. Ese mismo día *"la Concesión radicó oficio No. CABG-IN-0044-10 a través del cual se presentó la actualización de tarifas, indexadas con base en la resolución 007100..."*

A través de comunicación de 27 de mayo de 2010, continúa la convocante, el INCO puso en conocimiento del Concesionario el *"hallazgo 269"* de la Contraloría General de la República, en el cual se establecía que la indexación de las tarifas de peaje se había venido haciendo en forma indebida. El Concesionario, por su parte, en carta de 2 de agosto del mismo año, contestó que, no obstante que la indexación de las tarifas de peaje se había venido haciendo de acuerdo con el numeral 20.2 de la cláusula 20 del Contrato, había acatado las instrucciones del INCO en el sentido de aplicar la resolución citada.

"Mediante Oficio Radicado No. 20103050728731 del 20 de septiembre de 2010", sigue diciendo la apoderada de la convocante, el INCO solicitó a la interventoría iniciar el proceso de disminución de ingresos contemplado en la cláusula 29.1 del Contrato, debido a la forma como el Concesionario había venido indexando las tarifas de peaje. Posteriormente, la mencionada entidad pública anunció que implementaría la aplicación de la resolución 007100 para la indexación de las tarifas de peaje en la Concesión. El Concesionario, por su parte, manifestó su desacuerdo en cuanto a la aplicación de la referida resolución e indicó que su aplicación hacía necesaria la activación del proceso de reconocimiento de la diferencia de recaudo generada por la aplicación de la Resolución 007100 de 2003.

Concluye la convocante poniendo de presente que el INCO, al ordenar que la indexación de las tarifas de peaje se hiciera de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 007100 de 2003, desconoció *"arbitrariamente la*

estipulación contractual, que como se dijo en precedencia, es ley para las partes". Agrega que esa modificación unilateral del Contrato *"implica responsabilidad para la entidad".* Y termina diciendo *"que el INCO se extralimitó en sus funciones, al imponer sanciones al Contratista..."*

Finalmente, la convocante expresa: *"La* ***CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.*** *de buena fe, y con base en el comportamiento reiterado del INCO –hasta el año 2008- aplicó lo establecido en las Cláusulas 20 y 21 del Contrato de Concesión No. GG-040-2004 en lo referente a Indexación tarifaria y cobro de peajes. Sin embargo, el INCO de manera sorpresiva empezó a aplicar multas al Contratista, alegando que éste debía cumplir con lo contenido en la Resolución 007100 de 2003, lo que constituye una vulneración no sólo al principio de buena fe, que como señala la sentencia debe reinar en todos los contratos – y en especial los que se hacen con el Estado -, sino también una extralimitación en las funciones del Instituto como entidad estatal."*

Posición de la parte convocada

a) Contestación de la demanda arbitral reformada

En el escrito de contestación a la demanda arbitral reformada, la convocada, como lo había hecho al principio de dicha contestación, se queja de la imprecisión de las citas que hace la convocante en dicha demanda, así como de la manera sesgada como hace transcripciones parciales de textos contractuales y otros documentos, y de las inexactitudes en que incurre al narrar los hechos y transcribir algunos documentos.

A los hechos 96, 97 y 98 de la demanda reformada les niega el carácter de tales y en relación con los tres señala inexactitudes e imprecisiones. En cuanto al primero, advierte que *"respecto de la transcripción que la libelista hace del literal b) del numeral 20.2 de esta cláusula, vale precisar que la misma corresponde en realidad a lo previsto en el literal a) ídem".* En cuanto al segundo, aclara que *"la mención imprecisa que realiza la libelista del numeral 21.1 de la cláusula 21 del Contrato de Concesión No. GG-040-2004, no establece la metodología para la determinación tarifaria. Además, la transcripción que hace de dicho numeral es, igualmente, imprecisa en la medida que la norma que refiere dicho numeral es la Ley 105 de 1993 –que no la Ley 150 de 1993-".* Y en cuanto al tercer hecho dice que *"Se trata de una transcripción imprecisa del numeral 1.72 de la cláusula primera del Contrato de Concesión No. GG-040-2004."*

En los tres casos referidos, la convocada dice textualmente que ruega "a los Señores Árbitros contrastar estos textos contra el texto original y oficial del Contrato de Concesión No. GG-040-2004 aportado a folio 000071 del Tomo 2 de Anexos con la contestación a la demanda arbitral inicial."

En relación con los hechos de la demanda reformada hace una serie de precisiones y aclaraciones, las más importantes de las cuales el Tribunal se permite sintetizar por considerarlas de importancia para el asunto que se discute.

- El hecho 100 de la demanda reformada lo aclara así: *"mediante la comunicación que cita la apoderada de la Convocante, se informa la tabla de peajes que regiría para el año 2006 –que no el año 2008, como se indica en este hecho-."*

- Admite como cierto el hecho 104, pero precisa que *"el Concesionario utilizó en realidad la fórmula prevista en el numeral 20.1 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión que es concordante con la fórmula establecida en la Resolución 007100 de 2003 del Ministerio de Transporte, la cual hace parte integrante de dicho contrato."*

- En relación con el hecho 113 afirma que *"No es cierto que el INCO haya podido determinar el Hallazgo 270 al que alude la libelista, a través oficio No. 20103050128731 del 20 de septiembre de 2010, por cuanto es una competencia exclusiva de la Contraloría General de la República; y mucho menos es cierto que a través de este oficio se haya solicitado la aplicación de una disminución de ingreso al Concesionario por la aplicación de la metodología para la indexación de tarifas."*

- Sobre el hecho 114 afirma que *"No es cierto que a través de la comunicación CABG-IN-0659-10 del 14 de octubre de 2010, el Concesionario se haya opuesto a un proceso de disminución de ingreso por ser un imposible ontológico, en la medida en el mismo nunca tuvo lugar por las razones señaladas en la respuesta al hecho precedente."* Y agrega que *"Es importante aclarar que el oficio No. 20103050128731 del 20 de septiembre de 2010 no corresponde a una disminución de ingreso, como puede evidenciarse de su lectura."*

- Del hecho 116 dice que *"No es cierto que el oficio de la Interventoría No. 01-0490-2011 del 26 de enero de 2011 informe sobre la imposibilidad de "...aplicar tarifas indexadas por fuera de los establecido contractualmente..."*. Y agrega que lo que realmente indica este oficio es lo siguiente: *"Como quiera que esta Interventoría con oficio 01-478-*

2010[sic] emitió un pronunciamiento respecto de la improcedencia de aplicar la sanción que establece el contrato por la indexación por fuera de lo pactado en el contrato de concesión y en consideración a que en las mesas de trabajo efectuadas se planteó la necesidad de redefinir la orden del Instituto frente a la aplicación de la sanción al Concesionario por este motivo, esta interventoría queda atenta a las nuevas instrucciones al respecto."

- En referencia al hecho 117 expresa que *"No es cierto que el Concesionario con la comunicación CABG-IN-0017-11 del 7 de enero de 2011 haya podido dar respuesta al oficio "establecido en el acápite anterior", esto es, suponemos, el oficio de la Interventoría No. 01-490-2011 del 26 de enero de 2011, como quiera que es posterior a la fecha de la comunicación del Concesionario".*

En síntesis, la convocada sostiene que la interpretación adecuada de las cláusulas contractuales relativas al tema que se estudia permite concluir que la indexación de las tarifas de peaje debía hacerse con base en el numeral 20.1 de la cláusula 20 del Contrato y la Resolución 007100 del Ministerio de Transporte, de acuerdo con las cuales para el cálculo de la indexación debía tomarse la variación del IPC en doce meses y no en trece como lo hizo el Concesionario con base en el literal b) del numeral 20.2 de la cláusula 22 del Contrato.

b) Demanda de reconvención reformada.

Por conducto de apoderado judicial el INCO presentó demanda de reconvención contra la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. y posteriormente procedió a su reforma en los términos de ley.

En la demanda de reconvención reformada se incluyen las siguientes pretensiones sobre el tema de que se ocupa el Tribunal:

"VIGÉSIMA SEXTA PRINCIPAL. *Que se declare en interpretación por el H. Tribunal, que la indexación de las tarifas de peaje a cobrar a los usuarios por la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. se realiza con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor – IPC calculado sobre los doce (12) meses anteriores al año a ajustar, esto es, de diciembre a diciembre, en los términos de lo establecido en el numeral 20.1 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión No. GG-040-2004."*

"VIGÉSIMA SÉPTIMA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal declare que no hay lugar al pago de la compensación tarifaria*

de que trata la cláusula 21 del Contrato de Concesión No.GG-040-2004 a cargo de la Entidad que represento."

"VIGÉSIMA OCTAVA PRINCIPAL. *Con base en la declaración a la pretensión vigésima sexta principal, se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del costo de oportunidad del dinero en el tiempo, por la diferencia cobrada en el mayor valor de las tarifas de peaje inadecuadamente indexadas en los años 2005 y 2006."*

Para fundamentar las pretensiones transcritas, la demandante en reconvención expone los hechos que se resumen enseguida.

El 13 de octubre de 2004, el INCO hizo entrega al Concesionario de las estaciones de peaje del Proyecto, tal como consta en el acta correspondiente. A partir de ese momento, el Concesionario empezó a percibir los peajes, de acuerdo con las tarifas que se venían cobrando ese año y así lo hizo hasta la finalización del mismo.

Para la indexación de las tarifas de los años2005 y 2006, *"el concesionario aplicó lo previsto en el numeral 20.2 de la cláusula 20 del contrato, que establece una indexación con base en la variación del IPC de trece (13) meses y no de doce (12) meses como lo establece el numeral 20.1 ídem y la misma Resolución 007100 de 2003".* Y para el mismo efecto de indexar las tarifas para los años 2007, 2008, 2009, el Concesionario procedió de acuerdo con el numeral 20.1 que, como ya se indicó, concuerda con la Resolución 0071000 en el sentido de utilizar para el cálculo respectivo el IPC de doce meses.

La inconsistencia contractual anotada fue constatada por la Contraloría General de la República. En vista de esa constatación, INCO investigó la causa de la inconsistencia y resultó que fue debida a un error en que se incurrió en la redacción de la Adenda No. 3, modificatoria, entre otras, de la cláusula 20.2, que en la minuta de contrato de concesión anexa al Pliego armonizaba con la cláusula 20.1 y por ende con la Resolución 007100 del Ministerio de Transporte.

En los *"Informes Finales de Auditorías Especiales-2009"* entregados al INCO el día 18 de diciembre de 2009, la Contraloría General estimó el beneficio económico obtenido por el Concesionario por el cambio de método de que se ha hablado en la suma de $2.100 millones de 2009. El apoderado de la demandante en reconvención, por su parte, concluye así: *"Luego, el costo de oportunidad de haber recaudado la diferencia detectada por la Contraloría General de la República, produce un beneficio económico indebido y antijurídico que debe ser compensado a mi representada y el cual ésta ha estimado en la suma de MIL*

CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS ($1.400'000.000) corrientes de 2011."

Posición de la demandada en reconvención

Considerando que la sociedad concesionaria no contestó oportunamente la demanda de reconvención reformada, circunstancia que fue declarada en su momento por el Tribunal, es preciso considerar que los argumentos expuestos en dicho escrito no pueden ser tenidos en cuenta en esta etapa del proceso.

Ahora bien, en cuanto al contenido de la contestación que se presentó en su momento frente a la demanda de reconvención inicial, el Tribunal encuentra que en el mismo no se hizo referencia alguna al asunto en cuestión, debido a que en la demanda de reconvención original no se propuso pretensión alguna que tuviere relación con la indexación de las tarifas de peaje.

Consideraciones del Tribunal

Nuevamente el Tribunal, en vista de la confusión existente acerca de los hechos relativos al punto en estudio y de las normas legales y contractuales aplicables, procede a hacer claridad sobre la situación fáctica del asunto que se analiza y a encuadrarla dentro de la normativa legal y contractual.

Conviene iniciar trayendo a cuento las cláusulas del Contrato que delinearon el método de indexación de las tarifas de peajes en la Concesión Bogotá-Girardot. Al efecto deben tenerse en cuenta en primer lugar las definiciones contenidas en los numerales 1.24, 1.71 y 1.72 de la cláusula 1 del Contrato de Concesión.

- *"1.24. "Estructura Tarifaria"*
  "Corresponde a la estructura de tarifas por categoría de vehículos que el Concesionario aplicará en cada una de las estaciones de Peaje entregadas por el INCO, durante la ejecución del Proyecto.

  "La Estructura Tarifaria será la siguiente:

CATEGORÍA	DESCRIPCIÓN	VALOR
I	Automóviles, camperos y camionetas	$ 5.000
II	Buses, busetas y camiones de 2 ejes	$ 5.700
III	Camiones de 3 y 4 ejes	$ 12.200

IV	*Camiones de 5 ejes*	*$ 20.000*
V	*Camiones de 6 ejes o más*	*$ 23.000*
IE	*Vehículos de servicio público destinados al transporte de pasajeros entre Chinauta y*	*$ 3.700*

"Los valores de las tarifas descritos, corresponden a Pesos de diciembre de 2002, según se establece en la Resolución 007100 de 2003, expedida por el Ministerio de Transporte. Estos valores se indexarán según se prevé en la CLAUSULA 20 de este Contrato.
(...)

- *"1.71 "Tarifa Contractual"*

  "Es la tarifa de Peaje que corresponde a la aplicación de la Estructura Tarifaria y sus indexaciones, de acuerdo con lo previsto en el numeral 20.1 de la CLAUSULA 20 del presente Contrato.

  "1.72 "Tarifa Vigente"
  "Es la tarifa de Peaje que se esté cobrando efectivamente en un momento dado de la ejecución del Proyecto, en cada una de las estaciones de Peaje.

  "La Tarifa Vigente deberá coincidir siempre con la Tarifa Contractual salvo cuando el Concesionario, en uso de la prerrogativa que le concede el numeral 20.4 de la CLAUSULA 20 del presente Contrato, decida voluntariamente reducir la Tarifa Vigente respecto de la Tarifa Contractual.

  "La reducción de la Tarifa Vigente respecto de la Tarifa Contractual por orden del Ministerio de Transporte o cualquier otra entidad que sea competente, sin contar con el consentimiento del Concesionario, causará a favor del Concesionario la Compensación Tarifaria a que se refiere la CLAUSULA 21 del presente Contrato."

La simple lectura de los textos transcritos permite concluir: i) La Estructura Tarifaria debía aplicarla el Concesionario cuando le fueran entregadas por el INCO las estaciones de peaje. ii) Los valores de las tarifas están expresados en pesos de diciembre de 2002 *"según se establece en la Resolución 007100 de 2003, expedida por el Ministerio de Transporte..."* Y iii) los valores de las tarifas deben indexarse de acuerdo con la cláusula 20 del Contrato.

- Por su parte, la cláusula 20 del Contrato dispone:

  CLÁUSULA 20. INDEXACIÓN DE TARIFAS.

"El valor de las tarifas de Peaje de la Estructura Tarifaria, serán ajustados anualmente, de acuerdo con lo previsto a continuación:

"20.1. El valor de las tarifas de Peaje para cada una de las categoría de vehículos y cada una de las estaciones se ajustará con el incremento del IPC, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$T_{nih} = T_{(n-1)ih}(IPC_n / IPC_{n-1})$$

donde:

T_{nih}:	*Valor de la tarifa para el vehículo de categoría h en la estación i actualizada, en Pesos corrientes.*
$T_{(n-1)ih}$:	*Valor de la tarifa para el vehículo de categoría h en la estación i, en Pesos corrientes, resultante de la última actualización o la de diciembre de 2002, según el caso*
IPC_n:	*Índice de Precios al Consumidor del mes calendario anterior a la fecha de actualización.*
IPC_{n-1}:	*Índice de Precios al Consumidor del mes calendario anterior a la fecha de la anterior actualización o del mes de noviembre de 2002, según el caso.*

La fórmula contenida del numeral 20.1 del Contrato coincide con la contenida en la Resolución 007100 de 2003 del Ministerio de Transporte, que se transcribe a continuación.

"a) El valor de las tarifas se ajustará de acuerdo con el incremento del IPC, aplicando la siguiente fórmula:

"Que el Concesionario tendrá derecho a percibir el valor que se recaude en los siguientes peajes:

$$T_n = T_{n-1}(\frac{IPC_n}{IPC_{n-1}})$$

donde:

Tn : Valor de la tarifa actualizada, en pesos corrientes.

Tn-1 : Valor de la tarifa, en pesos corrientes, resultante de la última actualización o la de enero del 2003, según el caso.

IPCn: Indice de Precios al Consumidor del mes calendario anterior a la fecha de actualización.

IPCn-1 : Indice de Precios al Consumidor del mes calendario anterior a la fecha de la anterior actualización o de diciembre de 2002, según el caso.

(...)

c) *"Una vez realizado el anterior ajuste, las tarifas a aplicar en todas las estaciones de peaje del Proyecto, se indexarán por el Concesionario a más tardar el diez (10) de enero de cada año calendario".*

Hecha la anterior comparación de textos, continúa el Tribunal con la transcripción de la cláusula 20 del Contrato.

"20.2. La indexación se hará conforme al siguiente procedimiento:

a) Una vez se suscriba el presente Contrato se aplicará la Estructura Tarifaria en todas las Estaciones de Peaje del Proyecto, teniendo en cuenta el porcentaje de variación entre el IPC correspondiente a noviembre de 2002 y el IPC correspondiente a diciembre del año calendario anterior a la fecha en que se adjudique el Contrato.

b) Una vez realizado el anterior ajuste, las tarifas a aplicar en todas las Estaciones de Peaje se indexarán por el Concesionario a más tardar el diez (10) de enero de cada año calendario, de acuerdo con el porcentaje de variación entre el IPC de noviembre del año calendario anterior a la fecha en que el Concesionario haya comenzado el recaudo del Peaje o el IPC del mes de noviembre anterior a la fecha del último reajuste, según el caso, y el IPC de diciembre del año calendario anterior a la fecha en que deba hacerse el reajuste.

"(...)

"20.3 Si en algún caso el INCO requiere al Concesionario en virtud de que los Peajes aplicados por el mismo resultan superiores a los resultantes (sic) de la aplicación del procedimiento establecido en el numeral 20.2 de esta cláusula, éste tendrá que: (i) trasladar a la Subcuenta de Excedentes del INCO en un período no mayor de dos (2) meses después del requerimiento, todas las sumas recibidas como diferencia entre la tarifa de Peaje correcta y la que fue cobrada por el Concesionario, incluidos sus rendimientos certificados por la Entidad Fiduciaria, (ii) reducir inmediatamente las tarifas al valor correspondiente a la aplicación del procedimiento establecido en el numeral 20.2 de esta cláusula ..."

(...)"

La mera lectura de los textos últimamente transcritos permite llegar a las conclusiones que se exponen a continuación.

- El numeral 20.1 del Contrato remite a la Estructura Tarifaria de que trata en el numeral 1.24 de dicho contrato, según el cual los valores de las tarifas se expresan en pesos de diciembre de 2002 *"según se establece en la Resolución 007100 de 2003, expedida por el Ministerio de Transporte..."* Esta remisión constituye un error evidente, ya que en la

resolución citada se expresa el valor de las tarifas en pesos de diciembre de 2003. Naturalmente se trata de un error mecanográfico. No de otra manera se puede entender el hecho de indicar que la expresión de los valores en pesos de diciembre de 2002 estaba conforme con la resolución mencionada, cuando ésta, en realidad, expresaba tales valores en pesos de diciembre 2003. Sin embargo, como el asunto no ha sido debatido por las partes, el Tribunal se limita a señalarlo.

- Entre los numerales 20.1 y 20.2 existe una disconformidad evidente en cuanto al IPC que debía tenerse en cuenta para calcular la indexación de las tarifas. De acuerdo con el primero era un IPC correspondiente a doce meses y de acuerdo con el segundo un IPC que correspondía a trece meses.

  Cómo cobró existencia esta disconformidad es algo que explica la convocada y demandante en reconvención con toda claridad. En la minuta de contrato anexa al Pliego de Condiciones, los numerales 20.1 y 20.2 de la cláusula 20 del Contrato coincidían en que el IPC que debía tenerse en cuenta para calcular la indexación de las tarifas era el correspondiente a doce meses. Pero la Adenda No. 3 expedida durante el proceso licitatorio modificó el numeral 20.2 en el sentido de que el IPC a que se ha hecho referencia correspondía a 13 meses. Evidentemente estamos frente a un error cometido por el INCO al expedir la Adenda No. 3, tal como lo reconoció la misma entidad contratante[411].

  Pero este error no puede servir de pretexto para interpretar el mencionado numeral 20.2 de la cláusula 20 en sentido contrario al del contrato como un todo y a la intención de las partes claramente manifestada en el proceso licitatorio, en aras de la intangibilidad del principio de que el contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil.

- Para el análisis que se adelanta debe tenerse en cuenta también la cláusula 75 del Contrato de Concesión GG-040-2004 que se transcribe enseguida en lo pertinente.

  "CLÁUSULA 75
  "DOCUMENTOS DEL CONTRATO.

[411] Cuaderno de Pruebas No. 21, fls. 547 a 550.

"Los documentos de este Contrato, que hacen parte integral del mismo, son los siguientes:
"75.1. Pliego de Condiciones de la Licitación y sus anexos.
"(...)
"75.5. La Resolución 007100 del 6 de agosto de 2003, expedida por el Ministerio de Transporte.
"(...)
"Las condiciones expresadas en el presente Contrato prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del mismo. Sujeto a lo anterior, los demás documentos deben entenderse como explicativos, pero en caso de discrepancia sobre su contenido debe prevalecer el Contrato".

Es claro pues que la Resolución 007100 del 6 de agosto de 2003 expedida por el Ministerio de Transporte, hacía parte del Contrato. También lo es que, no obstante que prevalecía el texto del Contrato en caso de discrepancia con los documentos que hacían parte de él, en el caso analizado la superación de la contradicción anotada debe lograrse a través de la interpretación del texto contractual, pues si bien prevalece este sobre la Resolución 007100, la contradicción entre los dos numerales tantas veces mencionados existe de todas maneras. Se impone pues interpretar el Contrato en su conjunto y utilizar la Resolución 007100 como explicativa del mismo. Así se procede enseguida.

- Ya ha insinuado el Tribunal que el artículo 1.627 del Código Civil no tiene aplicación en este caso, ya que no hay prueba que permita establecer que la intención de los contratantes fue que el texto de la cláusula 20.2 prevaleciera sobre el de la 20.1.En estas condiciones debe estarse al tenor literal del Contrato. Pero como subsiste la contradicción, procede aplicar el artículo 1.621 del código mencionado, según el cual, *"En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre a la naturaleza del contrato"*. Y también deviene aplicable el artículo 1622 que dispone: *"La cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad."* A continuación el Tribunal procederá en la forma indicada.

  Como antecedente de la situación creada por la contradicción de los textos contractuales de que se viene tratando debe tenerse muy presente la Resolución 007100 de 6 de agosto de 2003, en la cual, entre otras cosas, se estableció una fórmula para calcular la

indexación tarifaria y se ordenó que dicha indexación se hiciera anualmente. En la fórmula se incluyó como uno de los factores para su aplicación, la diferencia entre el IPC del mes calendario anterior a la fecha de indexación (diciembre 2008 para la indexación de enero de 2009 por ejemplo) y el mes calendario anterior a la fecha del último ajuste tarifario (diciembre 2007 para la misma indexación por ejemplo). La fórmula establecida en la resolución mencionada se vació, por así decirlo, en el texto del numeral 20.1 de la cláusula 20 del Contrato.

El numeral 1.24 de la cláusula 1 del Contrato, que define para los efectos contractuales la Estructura Tarifaria, dispone que los valores de las tarifas *"se indexarán según se prevé en la CLÁUSULA 20"*. Y el numeral 1.74 de la misma cláusula citada, que define para los efectos indicados la Tarifa Contractual, dispone que dicha tarifa *"corresponde a la aplicación de la Estructura Tarifaria y sus indexaciones, de acuerdo con lo previsto en el numeral 20.1 de la CLÁUSULA 20"*.

Resulta claro en consecuencia que la remisión que hace el numeral 1.24 es a la cláusula 20 como un todo, no al numeral 20.1 ni al 20.2. Y también resulta claro que la remisión del numeral 1.74 sí es específicamente al numeral 20.1. Lo anterior permite dejar sentado que la definición de Estructura Tarifaria remite para las indexaciones a la cláusula 20 como un todo y que en la definición de Tarifa Contractual se dice expresamente que las indexaciones se llevarán a cabo de acuerdo con el numeral 20.1.

Previas las consideraciones inmediatamente anteriores, debe considerase antes que nada el encabezamiento de la cláusula 20 del Contrato, según el cual *"El valor de las tarifas de Peaje de la Estructura Tarifaria, serán ajustados anualmente, de acuerdo con lo previsto a continuación: (...)"*

Y a continuación vienen los numerales 20.1 y 20.2. El primero, como ya se dijo, reproduce la fórmula para calcular la indexación anual de las tarifas de peaje establecida por la Resolución 007100, la cual, hay que repetirlo, toma en cuenta un IPC de doce meses y determina que las indexaciones serán anuales. El segundo, empieza diciendo que *"la indexación se hará conforme al siguiente procedimiento"*, el cual desarrolla en cinco numerales. Y en uno de tales numerales dispuso que para la aplicación de la fórmula debía tenerse en cuenta la diferencia entre el IPC del mes

calendario anterior a la fecha de indexación (diciembre 2008 para el ajuste que debía hacerse en enero de 2009 por ejemplo) y el mes de noviembre anterior a la fecha del último ajuste tarifario (noviembre 2007 para la misma indexación por ejemplo).

En resumen, ha quedado establecido lo siguiente:

- En la definición de Estructura Tarifaria se dispuso que la indexación de tarifas debía hacerse de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 20 del Contrato (como un todo).

- En la definición de Tarifa Contractual se dijo expresamente que la tanteas veces mencionada indexación debía llevarse a cabo de acuerdo con el numeral 20.1.

- En el encabezamiento de la cláusula 20 se preceptúa que la indexación de la tarifas debe hacerse anualmente.

- El numeral 20.1 reproduce la fórmula diseñada por el Ministerio de Transporte para calcular la indexación de las tarifas de peaje, la cual contempla un IPC de doce meses y dispone que los ajustes tarifarios deben efectuarse anualmente.

- Finalmente, el numeral 20.2, que establece el procedimiento para efectuar la indexación, debido a un error en que incurrió el INCO en el proceso licitatorio dispone que el IPC a utilizar en la aplicación de la fórmula de que se ha hablado es de trece meses, en tanto que la fecha para realizar tales indexaciones la fija en el mes de enero de cada año calendario.

Para el Tribunal la interpretación de que prevalece la cláusula 20.1 sobre la 20.2 en cuando al IPC que debe emplearse para aplicar la fórmula de indexación de tarifas, es la que mejor cuadra con el Contrato considerado como un todo. Porque las definiciones de Estructura Tarifaria y Tarifa Contractual remitieron a la cláusula 20 del Contrato y a su numeral 20.1., no a su numeral 20.2. Porque la cláusula que se viene de citar dispuso que la indexación sería anual, lo cual no armoniza con la utilización de un IPC de trece meses para calcular dicha indexación. Porque el numeral 20.2 lo que establece es un procedimiento para realizar la indexación, y al hacerlo, por un error del INCO en la etapa licitatoria, termina contradiciendo una cláusula sustantiva del Contrato como es la 20.1

Sostener lo contrario conduciría a que la cláusula producto de un error de la entidad pública contratante y contraria a la regulación expedida por el Ministerio del ramo prevaleciera sobre otra cláusula prevista originariamente en la minuta de contrato anexa al Pliego y armónica con la referida regulación del Ministerio de Transporte. La propuesta licitatoria del Concesionario debió haberse basado en la cláusula 21.1, pues la forma de indexar las tarifas de los peajes era decisiva para estructurar el modelo financiero de dicha propuesta, al cual no fue posible tener acceso en el curso del presente trámite arbitral, si es que realmente existió.

Conviene recordar a este respecto que el Tribunal, a más de lo que acaba de exponer, encuentra aplicable a la interpretación de las normas contractuales que se analizan lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, en cuanto ordena tomar en consideración para efectos interpretativos de los contratos estatales "los fines y principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos".

Por lo demás, no debe olvidarse que de acuerdo con el Dictamen Pericial Contable Financiero de la firma Equity Investment S.A.S., en los años 2005 y 2006 el Concesionario calculó la indexación con base en el numeral 20.2 Y tampoco debe olvidarse, también de conformidad con el dictamen citado, que a partir de 2007 y hasta el 2009 el concesionario cambió de criterio y llevo a cabo los cálculos de indexación de las tarifas con base en el numeral 20.1. (Dictamen Pericial Contable Financiero, páginas 166 a 175). Aunque el INCO no hizo ningún reparo a la forma como el Concesionario calculaba la indexación de las tarifas de peaje, solo posteriormente y en forma coincidente con el hallazgo de la Contraloría antes mencionado, el Concesionario cambió de tesis para tratar de sanear la situación detectada por el organismo de control en los años 2005 y 2006. El cambio de interpretación favorece los intereses del intérprete, como se indica a continuación.

La Contraloría General de la República en el documento denominado *"Informes Finales de Auditorías Especiales-2009"* entregado al INCO el día 18 de diciembre de 2009, estimó en la suma de $2.100 millones de septiembre de 2009 el beneficio económico obtenido por el Concesionario a causa de haber aplicado para calcular la indexación de

las tarifas en los años 2005 y 2006 la metodología prevista en el numeral 20.2 en vez de la prevista en el numeral 20.1. Y además, la entidad de control hizo notar que la indexación debía llevarse a cabo de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 007100 de 2003 del Ministerio de Transporte, cuya fórmula de indexación, para repetirlo una vez más, coincidía con la del dicho numeral 20.1.

En cumplimiento de la instrucción de la Contraloría, el INCO solicitó al Concesionario que procediera a aplicar la fórmula de indexación de acuerdo con la Resolución 007100 y este lo hizo a partir del año 2010, pero al hacerlo dejó a salvo sus "derechos contractuales".

Para los años 2010, 2011 y 2012, Equity Investment S.A.S., perito contable-financiero designado por el Tribunal, calculó el valor del ingreso proveniente de peajes, según se hubieran hecho las indexaciones respectivas con base en el numeral 20.2 o con base en la Resolución 007100 de 2003 del Ministerio de Transporte (numeral 20.1). Los resultados fueron los siguientes en pesos de diciembre de 2002:

i) Para 2010 el mayor del ingreso generado por aplicación de la metodología del numeral 20.2 de la cláusula 20 del Contrato, en vez de la prevista en la Resolución 007100 de 2003 (numeral 20.1), ascendió a $835.138.381.
ii) Para el año 2011 ese mayor valor fue de $1.119.901.047.
iii) Para el año 2012 el mismo mayor valor fue de $1.532.296.117.
iv) Para un gran total $3.487.335.546 de diciembre de 2002.[412]

El perito no hizo el mismo ejercicio en relación con los años 2005 y 2006, durante los cuales, como ya se dijo, el Concesionario aplicó el numeral 20.2. Pero de todas maneras es lógico inferir que en el bienio 2005-2006 el mayor valor del ingreso generado por aplicar en la indexación de tarifas la metodología de la cláusula 20.2 y no la de la 20.1 y la Resolución 007100, debió haber sido también considerable. Así lo estimó la Contraloría General de la República en su informe mencionado.

➢ De acuerdo con lo dicho hasta aquí, el Tribunal quiere dejar sentado lo siguiente: la instrucción del INCO de que el Concesionario debía aplicar la fórmula de la Resolución 007100 de 2003 del Ministerio de Transporte para calcular la indexación de las trifas de peaje de la

[412] Dictamen Pericial Contable Financiero, páginas 176 a 193.

Concesión equivalía a decir que se debía aplicar para tales efectos la metodología de la cláusula 20.1, que como se ha dicho en repetidas ocasiones coincidía con la de la resolución tantas veces mencionada. De tal manera que no se trata de que el INCO haya incumplido el Contrato al emitir la orden arriba descrita. No lo hizo en violación del Contrato, sino en interpretación del mismo.

Conclusión

La pretensión 8 de la demanda arbitral reformada que hace parte de las denominadas "declarativas de interpretación del contrato", no prosperará, pues, como se ha dejado sentado, el Tribunal no considera que se haya incumplido el Contrato por parte del INCO *"en el pago de las indexación tarifaria desde 2005".*

Las pretensiones 26 y 27 principales de la demanda de reconvención reformada están llamadas a prosperar, pues el Tribunal ha dejado sentado que para calcular la indexación de tarifas debía tomarse un IPC de 12 meses de acuerdo con la cláusula 20.1 del Contrato, y en esas condiciones mal podría tener derecho el Concesionario al pago de la compensación tarifaria prevista en la cláusula 21 del mismo contrato.

La pretensión 28 principal de la demanda de reconvención reformada no prosperará porque, como se ha dicho, el INCO no formuló observación alguna a la indexación de tarifas de peaje hechas por el Concesionario.

9. OBLIGACIONES LABORALES Y PARAFISCALES A CARGO DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA DENTRO DEL MARCO DEL CONTRATO GG-040-2004

Pretensiones

En la demanda arbitral reformada se solicitó en relación con las obligaciones laborales y parafiscales de la Concesionaria lo siguiente:

> *"10. DETERMINAR el alcance de las obligaciones laborales y parafiscales a cargo del CONCESIONARIO contempladas en la cláusula 49 numeral 49.2 del Contrato de Concesión GG-040 de 2004, en lo relacionado con las acreencias laborales y parafiscales de sus subcontratistas.*

"11. DETERMINAR que la CONCESIÓN no tiene obligación de pago a los proveedores de sus subcontratistas así como tampoco es solidariamente responsable, sin sentencia judicial que así lo declare, con los empleados y proveedores de sus accionistas, subcontratistas y cualquier tercero.

"12. DECLARAR Y DETERMINAR cuál es el alcance de las facultades del Interventor en el marco del Contrato de Concesión GG-040-2004."

*"13. **DECLARAR** que el **INCO** ha abusado de su derecho como contratante, y ha ejercido una indebida presión sobre el Interventor del Contrato."*

Así mismo, entre las pretensiones consecuenciales se solicitó declarar que la CONCESIÓN cumplió el Contrato de Concesión GG-040-2004 respecto de las obligaciones a que se refiere la interventoría en sus oficios:

"Respecto al alcance de las facultades del Interventor frente a las obligaciones de los subcontratistas.

"Concol 10 de agosto de 2010 01-4482-2010"

Por su parte en la demanda de reconvención se formularon en relación con este mismo tópico las siguientes pretensiones:

***"DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL.** Que se declarare que producto del incumplimiento y/o pago tardío en el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debidos a los trabajadores del Proyecto Vial Bogotá – Girardot, se han instaurado ante la jurisdicción laboral las siguientes demandas en contra de la Entidad que represento, así:*

No.	RADICADO	DEMANDANTE	DEMANDADO	CUANTIA APROXIMADA	DESPACHO JUDICIAL
1	2010-2094	Rubén Darío Ortiz	INCO	$10.207.376	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
2	2010-303	Ninfa Torres Ortega	INCO	$20.436.009	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
3	2010-275	Ferrer Buitrago Mateus	INCO	$20.488.388	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
4	2010-272	Hugo Erney Arguello	INCO	$16.922.058	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá

5	2010-299	Jairo Espitia	INCO	$20.047.381	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
6	2010-305	Jorge Arturo Martínez Cortes	INCO	$40.459.020	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
7	2010-276	Hugo Jovanny Amortegui López	INCO	$24.979.331	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
8	2010-300	Juan Ariel González Cubillos	INCO	$24.975.222	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
9	2010-294	José Israel Cifuentes López	INCO	$23.657.987	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
10	2010-0270	Carlos Hernando León Virguez	INCO	$19.264.300	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
11	2010-0271	Edwin Fernando Moreno	INCO	$10.642.799	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
12	2010-297	Beyer Galindo Galvis	INCO	$10.621.511	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
13	2010-300	Guillermo León González	INCO	$32.771.446	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
14	2010-273	Edgar Molina Cruz	INCO	$26.767.277	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
15	2010-298	Néstor Parra	INCO	$18.980.341	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
16	2010-304	Luis Alfredo Rey	INCO	$19.140.843	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
17	25290310300220100391	José Joaquín Díaz	INCO	$9.447.316	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
18	25290310300220100292	José Omedo León Virguez	INCO	$18.018.591	Ok Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
19	25290310300220100290	Francisco José María Fuertes	INCO	$30.387.144	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
20	25290310300220100291	José Vicente María Tabio	INCO	$26.519.005	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
21	252903103	Jorge Luis Prieto	INCO	$5.142.800	Juzgado Segundo Civil del Circuito

	00220100396				de Fusagasugá
22	25290310300220100326	Fabio Jovanny García	INCO	$22.199.073	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
23	25290310300220100307	Juan Rodríguez	INCO	$21.723.166	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
24	25290310300220100308	José Héctor Morales	INCO	$12.815.578	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
25	25290310300220100394	Pablo David García Pinzón	INCO	$27.166.308	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
26	25290310300220100301	José Luis Cacua	INCO	$40.459.020	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
27	25290310300220100295	Jorge Hernan Vallejo	INCO	$24.527.279	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
28	25290310300220100289	Cesar Alfonso Díaz	INCO	$32317145	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
29	252903103 0022010-302	Luis Onorio Castillo	INCO	$10.839.225	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
30	252903103 0022010-0300	Jairo González López	INCO	$20.400.825	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
31	252903103 0022010-343	Hevert Rojas Romero	INCO	$48.795.349	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
32	252903103 0022010-0357	Pedro Ricardo Teusa	INCO	$24.137.623	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
33	252903103 0022010-	Jorge Abraham García Tabio	INCO	$17.297.577	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá

	0393				
34	252903103 0022010-0303	Benjamín Martínez Duran	INCO	$19.858.199	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
35	252903103 0022010-327	Jesús Alberto Goyeneche	INCO	$18.441.724	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
36	252903103 0022010-327	Ferney García Trujillo	INCO	$12.015.349	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá

"DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL. *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal declare que se han generado para la Entidad que represento perjuicios ingentes que se concretan en los costos y gastos en los que ha tenido que incurrir, y los demás que se prueben en el presente trámite arbitral, así:*

" 1. Atención de las demandas laborales instauradas por TREINTA Y SEIS (36) trabajadores del Proyecto Vial Bogotá Girardot contra el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, ante la jurisdicción laboral.

"2. Atención de las peticiones, quejas y reclamos de los trabajadores del Proyecto Bogotá – Girardot por incumplimiento de los compromisos de pago pactados entre éstos y el Concesionario.

"En el evento en que se condene judicialmente a la Entidad que represento dentro de los procesos instaurados en su contra por los trabajadores del Proyecto Vial Bogotá – Girardot, solicito al H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de las condenas que se declaren en las respectivas sentencias, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme la respectiva sentencia.

"DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL. *Con base en la declaración decima primera principal, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a pagar al INCO la suma que resulte probada dentro del presente trámite arbitral, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO.*

"Para el pago de esta suma, solicito al H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa de interés más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, desde la fecha en que la Entidad que

representó haya efectuado el pago hasta la fecha del pago efectivo a su favor.

***"Primera Subsidiaria.** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión décima tercera principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993.*

***"Segunda Subsidiaria.** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión primera subsidiaria de la décima tercera principal, que el valor a pagar se actualice con base en el IPC".*

Posición de la Convocante

La Convocante se refiere a la cláusula 49 del Contrato y señala que la obligación de pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores del proyecto corresponde al Concesionario y los subcontratistas respectivamente, dependiendo de cuál de los dos -Concesionario o subcontratista- los vinculó laboralmente para la ejecución del objeto contractual. Así mismo se refiere a la Cláusula 31.1.2 del Contrato, que regula lo atinente al amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones al personal, originados durante la ejecución del Contrato, y destaca que la póliza única de cumplimiento a favor del INCO, que debe leerse sistemáticamente con la cláusula, sólo ampara las obligaciones laborales del Concesionario, referida ésta exclusivamente a su propio personal.

Señala también que no existe indemnidad laboral contractual alguna. Lo que existe es un amparo contenido en una póliza que obliga a la ANI como beneficiario a declarar el respectivo siniestro, en el evento de que se presente una de aquellas situaciones laborales allí establecidas. Dicho amparo, precisa, está referido exclusivamente a las obligaciones de los trabajadores del concesionario y no ampara las de sus subcontratistas.

Agrega que ante la crisis del denominado Grupo Nule, se generaron múltiples demandas contra la ANI, quien sin exigencia ni requerimiento previo al concesionario, procedió a contestar sin su anuencia, a título de mera liberalidad que ahora pretende, trasladar a través del reconocimiento de dichos costos.

Se refiere al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y precisa que dicho artículo, además de referirse al concepto de la solidaridad, también contempla

una excepción a la misma, al señalar que cuando se trate de labores extrañas a las actividades que normalmente desarrolla la empresa, no se presentará solidaridad alguna frente al trabajador. Expresa que dicha excepción ha sido desarrollada jurisprudencialmente para lo cual se remite a varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia

De dichas sentencias concluye que para la Corte Suprema la solidaridad laboral es un mecanismo previsto por el legislador, específicamente, para evitar que las empresas evadan el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus empleados mediante la figura de la subcontratación. Advierte, entonces, que la solidaridad laboral no se puede constituir en una suerte de oportunismo jurídico con el que cuentan los empleados, permitiéndoles así demandar indiscriminadamente al contratante de su empleador directo. Señala que para que haya solidaridad no basta con que exista una relación laboral entre el trabajador y el sub-contratista y una relación contractual entre dicho sub-contratista y el beneficiario de la obra, sino que, además, para que se confirme la existencia de solidaridad, son condiciones sine qua non que se pruebe: (i) que el Concesionario CABG podía llevar a cabo la labor subcontratada con sus propios trabajadores, por lo tanto, no requería subcontratarla; y (ii) que la labor desempeñada por cada uno de los trabajadores demandantes, correspondía a una labor normal dentro del giro ordinario de los negocios del Concesionario CABG. Agrega que ninguna de las dos condiciones expuestas, sin duda alguna, fue probada durante el proceso.

Expresa que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y la jurisprudencia relacionada, han sido reiterativos en establecer que en caso de predicarse la solidaridad, ésta se circunscribe al sub-contratista y al beneficiario o dueño de la obra, que en el caso particular es el **INCO**, ahora **ANI**. Bajo ningún supuesto, por lo tanto, se puede entender que el **Concesionario CABG** tiene una obligación solidaria con los trabajadores de sus subcontratistas, puesto que, como se mencionó, él no es el dueño o beneficiario de la obra. Así las cosas, el **Concesionario CABG** responde por las obligaciones laborales frente a sus propios trabajadores, mientras que los subcontratistas de los suyos, en todo caso, si puede predicar alguna solidaridad en el caso, ésta seria, exclusivamente, del **INCO** frente a los trabajadores del subcontratista incumplido.

Agrega que no existe oficio alguno que demuestre que la ANI, en forma previa a la contestación de las demandas laborales y a incurrir en dichos costos, haya solicitado de CABG su solución mediante la asunción de la defensa jurídica. Señala que por el contrario existen pruebas documentales que acreditan que CABG procedió a asumir la solución de dichos problemas laborales por la presión mediática que había sobre el tema, oficio No CABG (Cuaderno de Pruebas 5).

Expresa entonces que no existe incumplimiento de CABG con relación al pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debidas a los trabajadores- Costos y Gastos, los cuales se ven reflejados en demandas instauradas en la jurisdicción laboral en contra de la ANI.

En relación con las demandas instauradas en la jurisdicción laboral contra la ANI, expresó que ninguna solidaridad fue declarada por Juez de la República. Advierte que el señor Mario Arturo Dib de Castro, ex representante legal de CABG (Cuaderno de pruebas 33 Folio 96), manifestó que la Concesión asumió la solidaridad laboral que no le correspondía, y a la que se refirió previamente Carlos Collins en su testimonio, por la presión mediática que recayó sobre la Concesión.

Se refiere al requerimiento efectuado por la Interventoría con el No 01.3039-2010 en el cual señala que el Consorcio Bogotá-Fusa ha venido incumpliendo sus obligaciones laborales, y que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., como solidaria legalmente, debe cubrir el pago de las acreencias laborales y prestaciones sociales. Al respecto advierte que el Interventor no tiene facultad alguna respecto de las obligaciones que se desprenden para los Subcontratistas referentes al pago de las acreencias laborales, por lo tanto, la pretensión de la Interventoría en sentido contrario, constituye una evidente extralimitación en sus funciones.

Señala que a través de comunicación No. 20103050174361 se comunicó a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. el hallazgo No. 314-107, que se refiere al presunto incumplimiento del Contratista en el pago de los proveedores y empleados de sus subcontratistas. Así mismo el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES, requirió a la Concesión en diversos oficios para que cumpliera con las obligaciones laborales y de proveedores de sus subcontratistas. Adicionalmente, el 13 de septiembre de 2010, mediante comunicación No. 20103050123421, el INCO informó a la Concesión, que aplicaría disminución de la remuneración, por concepto del no pago de las obligaciones parafiscales del personal del proyecto. Agrega que a través de comunicación del 22 de septiembre de 2010, No. CABG-IN-0607-10, la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., informó al INCO, que pese a no estar de acuerdo con la disminución en la remuneración por el pago de obligaciones laborales y parafiscales de sus subcontratistas, procedió al pago de las mismas.

Expresa que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ-GIRARDOT S.A. ha cancelado el pasivo laboral del Consorcio Bogotá-Fusa, subcontratista que incumplió el pago de salarios y prestaciones sociales a sus empleados.

Posición de la Convocada

La convocada propuso en la contestación a la demanda reformada la excepción sexta denominada *"Excepción de incumplimiento de las obligaciones contractuales por culpa del Concesionario"*,.

Expresa la Convocada que es responsabilidad del concesionario el pago de las acreencias laborales y los créditos parafiscales, todo en virtud de lo previsto en la cláusula 49 del Contrato de Concesión. A tal efecto se refiere a las normas que regulan los aportes para seguridad social y parafiscales como el subsidio familiar.

Expresa que en su testimonio el señor CARLOS COLLINS (cuaderno de pruebas No 31) se refirió a las obligaciones laborales que tenía la Concesión con los trabajadores, en la que deja ver que los integrantes de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A tenían claro que dentro de sus obligaciones estaba la de hacerse cargo del pago de las acreencias laborales y parafiscales de los trabajadores vinculados a la ejecución del proyecto vial Bosa–Granada-Girardot.

Señala que lo que pretende el demandante es que se le exonere de los múltiples incumplimientos en los que incurrió por no pagar, a sabiendas estas prestaciones, todo lo cual generó procedimiento de disminuciones.

Agrega que el concesionario mediante carta de 10 de junio de 2010 No 3755, dirigida a la interventoría admitió en su momento que no estaba atendiendo la obligación de asumir estas prestaciones como era y sigue siendo su obligación. Como consecuencia de esta situación y de haberse adelantado el procedimiento de disminución, en la subcuenta transitoria abierta para el efecto en la Fiduciaria, se depositaron las sumas derivadas de la disminución hasta el momento en el que buenamente el Concesionario cumplió extemporáneamente tales obligaciones.

Señala la Convocada que producto del incumplimiento en los pagos de los salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot, la convocada fue requerida vía judicial por estos para exigir el pago debido por la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., responsable de los mismos de cara a lo señalado en las cláusulas del Contrato.

Agrega que dichas demandas se originaron en su mayoría por trabajadores que fueron vinculados al Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot a través del Consorcio Bogotá – Fusa, subcontratista de la Concesión, conformado por los miembros del conocido Grupo Nule, con accionistas comunes de la Concesión, quienes dejaron de cumplir con tan fundamental y esencial obligación.

La Convocada señala que se vio abocada a defenderse de treinta y seis demandas laborales, que cursan ante la justicia laboral, las cuales fueron relacionadas previamente en el acápite de pretensiones.

Agrega que quien debe ser requerido en los términos del régimen laboral colombiano es la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al ser la beneficiaria de la obra que se le contrató bajo el esquema de concesión.

Advierte que esta situación ha generado para la convocada tener que disponer recursos de su presupuesto para la atención de las peticiones, quejas y reclamos de los trabajadores que se han visto perjudicados con el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones sociales debidos, y tener que disponer recursos de su presupuesto para contratar profesionales especializados en esta área del derecho para atender este tipo de acciones judiciales.

Expresa que se trata de costos y gastos en los que no hubiese tenido que incurrir si la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. hubiese atendido y llevado a cabo todas las acciones necesarias para evitar esta contingencia litigiosa a convocada.

Agrega que el Concesionario al suscribir un contrato de la naturaleza jurídica del que aquí se debate, adquirió la obligación inmanente de mantener libre de todo daño y perjuicio a la convocada en todos los asuntos relativos a su ejecución; y con ello, por supuesto, la obligación de realizar todas las actividades necesarias para evitar eventuales demandas que por su propia acción u omisión –y/o por la de sus subcontratistas-, pudieran llegar a dañar o perjudicar a la convocada.

Expresa que el Concesionario sabe que es su absoluta responsabilidad la de atender las prestaciones que se generen con los proveedores que presten bienes y servicios durante la ejecución del contrato, y su propia actitud así lo confirma. Destaca que en este contrato estaba involucrado el Consorcio Bogotá Fusa de responsabilidad de los tristemente célebres NULE, el cual fue objeto de intervención por parte de la Superintendencia de Sociedades. Como consecuencia de esa intervención al trámite respectivo en la Superintendencia se presentaron los proveedores que adelante se mencionan, cuyos créditos fueron

reconocidos, los cuales fueron atendidos y solucionados por el señor CARLOS COLLINS.

Por otra parte, en relación con la actuación del interventor señala que el requerimiento efectuado por él tiene que ver con el cumplimiento de una obligación que tiene su fuente en la ley y es la solidaridad patronal que le cabe al Concesionario frente a las obligaciones laborales y parafiscales de su subcontratista cuando éste último se abstenga de cumplirlas, por ser el Concesionario el obligado solidario de cara a los trabajadores de sus subcontratistas, y de cara al Contrato de Concesión GG-040-2004 que así lo dispone en su numeral 49.2, cuando establece que el Concesionario y sus subcontratistas serán responsables por el pasivo laboral. Por ello la no atención del pago de estas obligaciones que tienen tan especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano, corresponde a un incumplimiento en los términos del subnumeral 29.1.16 de la cláusula 29, del cual no puede sustraerse el Concesionario por operar la solidaridad patronal.

Posición del Ministerio Público

Sobre este aspecto la señora Agente del Ministerio Público en su concepto final señaló:

> *"De esta manera este Despacho considera que la normativa es bastante clara y que en articulación con el clausulado contractual resulta aún más evidente y especifica que las responsabilidades de carácter laboral le corresponden directamente al contratista y que independientemente del tipo societario constituido para los efectos de la contratación, en todo caso, frente a la Entidad la responsabilidad atiende al principio de cooperación y que a consecuencia de ello, no es problema de la Entidad identificar cuál de los miembros, en este caso de la Concesión, ha sido el que ha incurrido en incumplimiento, pues precisamente una de las razones para asociarse es que frente al contratante exista una unidad de responsabilidad y obligaciones."*

Consideraciones del Tribunal

Sobre el particular considera el Tribunal:

La cláusula 49 del Contrato establece:

> *"CLAUSULA 49 PERSONAL DEL CONCESIONARIO*
>
> *"49.1. Todos los trabajadores necesarios para el desarrollo del objeto del Contrato serán vinculados por el Concesionario o por sus subcontratistas,*

quien o quienes deberán cumplir con todas las disposiciones legales sobre la contratación de personal colombiano y extranjero. Así mismo deberán observarse las disposiciones que reglamentan las diferentes profesiones.

"49.2. Estarán a cargo del Concesionario y sus subcontratistas, los respectivos salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de todos los trabajadores vinculados al Proyecto y la responsabilidad por el pasivo laboral. A tal efecto, el Concesionario se obliga al cumplimiento de todas las normas legales y convencionales según lo dispuesto por el Código Sustantivo de Trabajo y demás disposiciones complementarias. Igualmente, el Concesionario se obliga a cumplir con los aportes parafiscales conforme a lo establecidos en las normas vigentes durante la ejecución del Contrato.

"49.3. El Concesionario deberá presentar cada tres (3) meses un certificado emitido por su revisor fiscal o por su representante legal, en los términos del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 en que conste el cumplimiento de los pagos a que se refiere el numeral 49.2 anterior.

"..." (se subraya)

Si se examina la cláusula contractual transcrita se aprecia que la misma establece, en primer lugar, que los trabajadores necesarios para el desarrollo del objeto del Contrato serán vinculados por el Concesionario o por sus subcontratistas y que así mismo aquéllos deben cumplir con todas las disposiciones legales sobre la contratación de personal colombiano y extranjero. En concordancia con lo anterior, la cláusula establece que estarán a cargo del Concesionario y sus subcontratistas, los respectivos salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de todos los trabajadores vinculados al Proyecto y la responsabilidad por el pasivo laboral.

Así las cosas, del texto de los apartes de la cláusula a la que se hace referencia, se aprecia que la misma contempla tanto la vinculación como las obligaciones del concesionario y sus subcontratistas con sus empleados.

Ahora bien, después de regular la situación de dicha forma la cláusula contractual establece, en segundo lugar, "*A tal efecto, el Concesionario se obliga al cumplimiento de todas las normas legales y convencionales según lo dispuesto por el Código Sustantivo de Trabajo y demás disposiciones complementarias. Igualmente, el Concesionario se obliga a cumplir con los aportes parafiscales conforme a lo establecido en las normas vigentes durante la ejecución del Contrato.*"

Como se puede apreciar, en este último aparte de la cláusula no se hace la misma referencia que se realiza en otra parte de la cláusula al subcontratista,

sino que la estipulación se refiere exclusivamente al Concesionario. A lo anterior se agrega que este aparte de la cláusula comienza diciendo "A tal efecto...", lo que significa que lo que allí se dispone tiene por propósito lograr lo que se acaba de decir.

Por consiguiente, cuando la cláusula contractual después de disponer que estarán a cargo del concesionario y los subcontratistas el pago de salarios y prestaciones, señala que a tal efecto el Concesionario se obliga a cumplir lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo, es claro que dicha obligación tiene por objeto asegurar el pago de salarios y prestaciones tanto por parte del concesionario como de los subcontratistas. Lo mismo ocurre con los aportes parafiscales.

Ahora bien, la obligación del Concesionario de cumplir las normas legales y convencionales es en los términos el Código Sustantivo del Trabajo, según dispone la cláusula, por lo que es necesario precisar el alcance de las obligaciones contempladas en este estatuto. A este respecto conviene recordar que el artículo 34 de dicho Código dispone:

> *"ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES:*
>
> *"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores."(se subraya)*

Si se examina el artículo 34 del CST se puede apreciar que para que la solidaridad que allí se contempla exista se requieren los siguientes elementos:

- Que una persona haya contratado un personal para ejecutar una obra.

- Que exista un beneficiario del trabajo o dueño de la obra que haya encomendado su ejecución a otra persona y ésta el personal para ejecutarla.

- Que dicha obra no se extraña a las actividades normales de la empresa que contrató la ejecución de la obra.

Ahora bien, sobre este precepto ha dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

> *"Mas el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*
>
> *"Para la Corte, en síntesis, lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.*
>
> *"Quiere ello decir que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que este adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales.*
>
> *"Es cierto que la jurisprudencia de la Sala, al interpretar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, ha fundado la solidaridad laboral en la*

relación que exista entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario y dueño de la obra" [413] *(Subrayado fuera del texto)*

La demandante ha invocado esta sentencia para señalar que la responsabilidad que establece el artículo 34 es un mecanismo previsto por el legislador, específicamente, para evitar que las empresas evadan el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus empleados mediante la figura de la subcontratación.

Sobre el particular considera necesario precisar el Tribunal que una cosa es la razón por la cual el legislador consagró la regla del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y otra, la forma como dicha disposición regula la responsabilidad solidaria.

En efecto, como lo dice la Corte *"lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales*". Ahora bien, ello no significa que para su aplicación debe demostrarse esa específica voluntad de evadir las normas laborales, pues como la propia Corte lo dice: "*si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores*". Obsérvese que la Corte no exige entonces la prueba de una voluntad de evadir las normas laborales.

Por consiguiente, para que la norma sea aplicable basta que se den los supuestos que la misma consagra y no es necesario probar otros requisitos. Se reitera que si se examinan las decisiones de la Corte Suprema de Justicia no se encuentra que la misma haya exigido para que se produzca la solidaridad contemplada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo que se acredite un específico propósito de hacer fraude.

Señala la demandante que para que opere la solidaridad laboral es necesario que se pruebe (i) que el Concesionario CABG podía llevar a cabo la labor subcontratada con sus propios trabajadores, por lo tanto, no requería subcontratarla; y (ii) que la labor desempeñada por cada uno de los trabajadores demandantes, correspondía a una labor normal dentro del giro ordinario de los negocios del Concesionario CABG.

[413] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 35864 del 1 de marzo de 2010. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Sobre el particular debe señalar el Tribunal que como se vio, la Corte Suprema de Justicia al explicar la razón de ser del artículo 34 del Código que *"si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que este adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales*".

Ahora bien, lo que expresa la Corte Suprema de Justicia es la razón de ser de la norma, y en particular que la solidaridad no existe cuando se contrata el personal para la realización de actividades ajenas al contratante. En todo caso, ello no significa, como lo señala la demandante que deba demostrarse específicamente que el empresario contratante podría adelantar directamente la actividad y decide hacerlo a través de subcontratistas, pues ni la norma ni la jurisprudencia exigen dicha prueba.

Si se examinan estas condiciones es importante destacar que de conformidad con el artículo 34 del Código la responsabilidad recae en el beneficiario del trabajo o en el dueño del trabajo. El beneficiario del trabajo es aquél que se beneficia de él y no necesariamente coincide con el dueño de la obra. Es precisamente lo que ocurre en el caso que se analiza. Si bien la obra como tal pertenece a la Nación, lo cierto es que la Concesión, que se obligó a adelantar las obras frente al INCO, se beneficia del trabajo que realizan sus subcontratistas, pues a través de ellos cumple las obligaciones que adquirió con el INCO y además puede recibir la contraprestación correspondiente, a través de la explotación de la vía concesionada.

Desde otra perspectiva, la ley dispone que la responsabilidad solidaria que contempla no se aplica cuando el contratista desarrolla labores extrañas a las actividades normales de la empresa que lo ha contratado. Es claro que si la sociedad concesionaria debía ejecutar el contrato de concesión y por ello realizar las obras que en el mismo se contemplaron, tales actividades no pueden considerarse extrañas a su actividad normal.

Por consiguiente es claro para el Tribunal que en el presente caso el concesionario era solidariamente responsable con los subcontratistas por las obligaciones laborales contraídas con el personal que habían contratado para ejecutar las obras correspondientes al contrato de concesión.

Ahora bien, es pertinente advertir que la solidaridad consagrada en el artículo 34 del CST tiene origen legal, por lo cual su existencia no requiere declaración judicial.

Por otra parte, en cuanto se refiere al pago de parafiscales debe observarse que el Consejo de Estado ha señalado que el artículo 34 del Código Sustantivo se refiere a salarios y prestaciones pero no a parafiscales como es el aporte al SENA.

A tal efecto señaló la sección cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 19 de abril de 2012 Radicación número: 25000-23-27-0-2007-00152 01 (17585):

> *"Por consiguiente, la obligación establecida en la Ley 21 de 1982, de efectuar aportes al SENA, surge en virtud del vínculo laboral entre el empleador y el trabajador, y la nómina mensual de salarios es la base sobre la cual deben calcularse tales aportes. En ese sentido, el pago que el dueño de una obra realice a quien la ejecuta podría eventualmente constituir base de aportes al SENA en la medida en que dicho pago constituya "salario".*
>
> *"En el sub examine, las partes demandante y demandada coinciden en señalar que los aportes exigidos por el SENA se generaron por los subcontratistas de la empresa.*
>
> *"A ese respecto el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los contratistas independientes son verdaderos patronos, y no representantes ni intermediarios de las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras, por un precio determinado. La misma norma consagra a cargo del dueño de la obra una responsabilidad solidaria con el contratista, pero con relación a "los salarios, prestaciones e indemnizaciones a. que tengan derecho los trabajadores", pero no está consagrada igual responsabilidad en relación con los aportes parafiscales, como son los que corresponden al SENA.*
>
> *"Así mismo, nótese que la normativa invocada por la Administración como sustento legal de la obligación exigida, esto es, la Ley 21 de 1982, no establece que el empleador sea responsable o deudor solidario por los aportes parafiscales que se deriven de sus contratistas independientes, precisamente porque los aportes a que se refiere dicha ley se originan en una relación laboral y la base de liquidación de los mismos la constituye el monto de sus respectivas nóminas, como se observa en sus artículos 9º, 12 y 17".(se subraya)*

De igual manera en sentencia del 24 de septiembre de 2015.Radicación: 76001-23-31000-2008-00650 01 [21448), la Sección Cuarta del Consejo de Estado reiteró:

> *"Según el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo13, los contratistas independientes son verdaderos patronos, no representantes ni intermediarios, de las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras, por un precio determinado.*
>
> *"Si bien la disposición establece responsabilidad solidaria del dueño de la obra con el contratista, es sólo por los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, pero no en relación con los aportes parafiscales, entre éstos, los aportes al SENA.*
>
> *"La Administración sustenta la obligación exigida en la Ley 21 de 1982, pero esta normativa no consagra que el empleador sea responsable o deudor solidario por los aportes parafiscales que deban pagar sus contratistas independientes. Por el contrario, los aportes a que se refiere esta ley tienen origen en la relación laboral y la base de cuantificación la constituye el monto de sus respectivas nóminas, según lo prevén los artículos 914, 12 y 17.*
>
> *"(...)"*
>
> *"Por lo anterior, no se dará prosperidad al recurso de apelación y, en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada en cuanto anuló las resoluciones demandadas, pero por las razones expuestas en esta providencia." (se subraya)*

De esta manera, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado la solidaridad establecida por el artículo 34 del CST no se extiende a los aportes parafiscales, como es el caso del aporte al Sena.

Si bien esta es la solución desde el punto de vista legal, queda por determinar si tal solución debe cambiar en el caso concreto por razón de las estipulaciones contractuales.

A este respecto debe recordarse que la cláusula contractual dispone en lo pertinente:

> *"49.2. Estarán a cargo del Concesionario y sus subcontratistas, los respectivos salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de todos los trabajadores vinculados al Proyecto y la responsabilidad por el pasivo laboral. A tal efecto, el Concesionario se obliga al cumplimiento de todas las*

normas legales y convencionales según lo dispuesto por el Código Sustantivo de Trabajo y demás disposiciones complementarias. Igualmente, el Concesionario se obliga a cumplir con los aportes parafiscales conforme a lo establecido en las normas vigentes durante la ejecución del Contrato." (se subraya)

Como se puede apreciar, por una parte, la cláusula contractual impone al Concesionario cumplir las normas legales y convencionales según lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo, pero por el otro lado la cláusula también precisó que el Concesionario se obliga a cumplir con los aportes parafiscales conforme a lo establecido en las normas vigentes. Desde esta perspectiva debe observarse que si la obligación del Concesionario fuera simplemente pagar los aportes parafiscales en los casos en los cuales dicha obligación está a su cargo de conformidad con las normas vigentes, sobraría la referencia de la última parte de la estipulación contractual transcrita.

Así las cosas y como quiera que de conformidad con el artículo 1620 del Código Civil "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno", es claro para el Tribunal qe la referencia expresa en el Contrato acerca de que el Concesionario se obliga a cumplir con los aportes parafiscales tiene que tener un alcance adicional, el cual sólo puede consistir en que el Concesionario se obliga a que se pagarán los aportes parafiscales respecto del personal empleado en la obra.

Por lo anterior, en relación con la pretensión 10 de la demanda reformada se declarará que el concesionario es solidariamente responsable por las deudas por salarios y prestaciones sociales de los subcontratistas empleados en la ejecución del contrato de concesión, así como de los respectivos parafiscales.

En atención a lo anterior y en relación con la pretensión 11 de la demanda reformada, se aprecia que en la misma se solicita determinar que la CONCESIÓN "no tiene obligación de pago a los proveedores de sus subcontratistas así como tampoco es solidariamente responsable, sin sentencia judicial que así lo declare, con los empleados y proveedores de sus accionistas, subcontratistas y cualquier tercero."

Desde esta perspectiva se aprecia que no se encuentra ninguna disposición contractual o legal que establezca que la Concesionaria tiene obligaciones frente a los proveedores de sus contratistas. En efecto, la única regla aplicable sería el numeral 5º del artículo 2060 del Código Civil que se aplica a quienes se encargan de la construcción de edificios en calidad de arquitectos, la cual dispone que "Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio

han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario". De conformidad con esta norma un subcontratista de obra o en general un contratista de obra que ha contratado con quien asumió la obligación de ejecutar la obra tendría acción contra el dueño de la obra, pero sólo hasta concurrencia de lo que aquél debe a este. Ahora bien, como lo ha señalado la doctrina francesa frente a una norma semejante del Código Civil Francés, esta acción no corresponde a quien ha suministrado materiales o herramientas[414].

Por otra parte, en cuanto a la petición de que se declare que el Concesionario no *"es solidariamente responsable, sin sentencia judicial que así lo declare, con los empleados y proveedores de sus accionistas, subcontratistas y cualquier tercero"*, es claro frente a lo ya expuesto que la misma no puede prosperar respecto de los empleados de los subcontratistas, pues la responsabilidad solidaria surge de la ley y por ello no requiere previa declaración judicial.

Por consiguiente se declarará que la CONCESIÓN no tiene obligación de pago a los proveedores de sus subcontratistas así como tampoco es solidariamente responsable, sin sentencia judicial que así lo declare, con los proveedores de sus accionistas, subcontratistas y cualquier tercero, distinto a los empleados de sus subcontratistas en el caso previsto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por lo que se refiere a la demanda de reconvención se advierte que en la pretensión decima primera principal se pide que se declare que producto del incumplimiento y/o pago tardío en el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debidos a los trabajadores del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot, se han instaurado ante la jurisdicción laboral una serie de demandas.

Desde esta perspectiva es claro para el Tribunal que si en el Contrato de Concesión la Concesionaria se obligó frente a la concedente a pagar salarios y prestaciones del personal empleado en la obra, así como parafiscales, si no cumple con esta obligación debe indemnizar a la entidad estatal por los perjuicios que sufra por dicho incumplimiento.

[414] Andre Rouast en el Traite Pratique de Droit Civil Francais de Marcel Planiol y Georges Ripert. 2A ed. LGDJ Paris 1954. Tomo XI, página 211. Igualmente Francoise Labarthe y Cyril Noblot. Le Contrat d'entrepirse. En el Traité de Contrats de Jacques Ghestin. Ed LGDJ, Paris 2008, página 729.

Al respecto encuentra el Tribunal que en el expediente obran (cuaderno No 9) copia de los documentos de conciliación y pago de salarios y prestaciones firmados por las personas que se identifican en el cuadro de la demanda.

Ahora bien, encuentra el Tribunal que si bien en el expediente no obran copia de las demandas respectivas, si obra en el mismo (cuaderno 9) las contestaciones presentadas por la concesión Bogotá Girardot a las demandas laborales. Así mismo obran en el expediente las certificaciones emitidas por los Juzgados Primero[415] y Segundo[416] Civil del Circuito de Fusagasugá las cuales hacen constar la existencia de los siguientes procesos:

No.	RADICADO	DEMANDANTE	DEMANDADO	DESPACHO JUDICIAL
1	2010-2094	Rubén Darío Ortiz	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., ➢ Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
2	2010-303	Ninfa Torres Ortega	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
3	2010-275	Ferrer Buitrago Mateus	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
4	2010-272	Hugo Erney Arguello	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
5	2010-299	Jairo Espitia	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
6	2010-305	Jorge Arturo Martínez Cortes	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
7	2010-276	Hugo Jovanny Amortegui López	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
8	2010-300	Juan Ariel González Cubillos	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
9	2010-294	José Israel Cifuentes López	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá

[415] Folios 281 y siguiente del Cuaderno de Pruebas No 26
[416] Folios 498 a 586 del Cuaderno de Pruebas No 26

10	2010-0270	Carlos Hernando León Virguez	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
11	2010-0271	Edwin Fernando Moreno	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
12	2010-297	Beyer Galindo Galvis	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
13	2010-300	Guillermo León González	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
14	2010-273	Edgar Molina Cruz	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
15	2010-298	Néstor Parra	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
16	2010-304	Luis Alfredo Rey	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá
17	2529031030 0220100391	José Joaquín Díaz	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
18	2529031030 0220100292	José Omedo León Virguez	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
19	2529031030 0220100290	Francisco José María Fuertes	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
20	2529031030 0220100291	José Vicente María Tabio	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
21	2529031030 0220100396	Jorge Luis Prieto	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
22	2529031030 0220100326	Fabio Jovanny García	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
23	2529031030 0220100307	Juan Rodríguez	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá

			Instituto Nacional de Concesiones	
24	2529031030 0220100308	José Héctor Morales	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
25	2529031030 0220100394	Pablo David García Pinzón	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
26	2529031030 0220100301	José Luis Cacua	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
27	2529031030 0220100295	Jorge Hernan Vallejo	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
28	2529031030 0220100289	Cesar Alfonso Díaz	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
29	2529031030 022010-302	Luis Onorio Castillo	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
30	2529031030 022010- 0300	Jairo González López	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
31	2529031030 022010-343	Hevert Rojas Romero	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
32	2529031030 022010- 0357	Pedro Ricardo Teusa	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
33	2529031030 022010- 0393	Jorge Abraham García Tabio	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
34	2529031030 022010- 0303	Benjamín Martínez Duran	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot.S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá
35	2529031030 022010-327	Jesús Alberto Goyeneche	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá

36	2529031030 022010-327	Ferney García Trujillo	Mnv, S.A., Gas Kpital GR S.A., Alejandro Char Chaljub, Concesión Autopista Bogotá- Girardot S.A. e Instituto Nacional de Concesiones	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá

Es de destacar que si bien en la certificación expedida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá al identificar cada proceso sólo se indica que es demandado el INCO en el iniciado por el señor Luis Alfredo Rey, pues en los demás casos no se incluye expresamente a dicha entidad pública, ha de observarse que la certificación expedida por el secretario de dicho Juzgado comienza señalando *"Que en este despacho se encuentran radicados los procesos que a continuación se enuncian seguidos, entre otros, contra el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA):.."*. Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que lo que existe es un error en la transcripción completa del demandado en la identificación de los procesos, pero que en todos ellos es demandado el INCO.

Lo anterior, unido al hecho de que se realizaron sendas conciliaciones para pagar el valor de las reclamaciones formuladas conduce al Tribunal a concluir que debe prosperar la pretensión décimo primera principal de la demanda de reconvención reformada.

Ahora bien, en el proceso no aparece acreditado que se haya condenado a la entidad demandante en reconvención en los procesos laborales, ni existe prueba en el expediente de los perjuicios y gastos en que haya tenido que incurrir la entidad demandante en reconvención en razón de los procesos laborales o las peticiones, quejas y reclamos de los trabajadores en la Concesión Bogotá Girardot. Por el contrario, lo que aparece acreditado son las conciliaciones realizadas.

Por lo anterior, se negará la pretensión decima segunda principal y por lo mismo se negara la pretensión décima tercera principal y sus subsidiarias de la demanda de reconvención.

No prospera la excepción *"7. inexistencia de solidaridad laboral con los subcontratistas de la CONCESIÓN BOGOTÁ – FUSA"* , pero por el contrario, se declarará que prospera la excepción formulada por la Convocada en reconvención bajo el título "*Cumplimiento jurídico administrativo",* en la medida en que está acreditado el pago por la Concesionaria a los trabajadores del proyecto.

Por otra parte, en relación con la pretensión que formula la demandante en el sentido de que se declaren y determine el alcance de las facultades del

interventor, advierte el Tribunal que en los hechos de la reforma de la demanda se hace referencia a un requerimiento del interventor al Concesionario por razón del incumplimiento de las obligaciones por parte del Consorcio Bogotá Fusa. Por consiguiente, y teniendo en cuenta que el laudo debe estar en consonancia no sólo con las pretensiones de la demanda, sino también con los hechos que le sirven de fundamento (artículo 281 del Código General del Proceso) el análisis del Tribunal se referirá a este aspecto particular.

La cláusula 69 del Contrato de Concesión dispone lo siguiente:

> *"CLÁUSULA 69. INTERVENTORÍA Y CONTROL.*
>
> *"La vigilancia de la ejecución y cumplimiento del Contrato será ejercido por el INCO a través del Interventor, quien será contratado por el INCO de conformidad con las normas aplicables y el cual representará al INCO ante el Concesionario. El INCO proporcionará al Concesionario una copia de todas las funciones, facultades y autorizaciones establecidas al efecto y una copia del contrato de interventoría. En caso de discrepancias entre el contrato de Interventoría y el presente Contrato, primará este último. Los derechos y obligaciones pactadas en el contrato de Interventoría no podrán modificar las estipulaciones establecidas en el presente Contrato.*
>
> *"69.1 El Interventor tendrá como funciones todas las asignadas por la ley, las establecidas en otras cláusulas de este Contrato, en el contrato de Interventoría y en las establecidas en las Resoluciones del INVIAS y/ó del INCO.*
>
> *"69.2 El interventor no ejercerá funciones de control de las actividades de los subcontratistas, ni de aprobación del resultado de las mismas para lo cual el Concesionario dispondrá de su equipo de Interventoría o control de calidad interno, cuyos costos se ha incluido en la Propuesta.*
>
> *"69.3. En caso de discrepancias entre el Interventor y el Concesionario, los mismos acudirán en primera instancia al INCO mediante una solicitud escrita, (...)" (se subraya)*

Ahora bien, en los hechos de la demanda la demandante se refirió al oficio No 01.3039-2010 respecto del cual considera que el Interventor excedió el marco de sus funciones. Al respecto advierte el Tribunal que examinado el expediente no se encuentra copia de dicho oficio. En todo caso encuentra que en el Oficio No 01-4482-2010 de la Interventoría[417] se cita el oficio mencionado y al respecto se expresa:

[417] Folio 543 del Cuaderno de Pruebas No 1.

"21. El 8 de junio de 2010 con comunicación 01-3039-2010 radicado en el Concesionario el 9 de junio del mismo año, esta Interventoría conmina al Concesionario en los términos de la cláusula 29 la constancia del revisor fiscal donde certifique el pago de las obligaciones parafiscales del consorcio Bogotá Fusa".

Ahora bien, si se examina el contexto en que se sitúa dicho oficio de conformidad con en el oficio 4482 ya citado se encuentra que en este último se expresa:

"De los hechos narrados y de las estipulaciones contractuales y legales traídas a colación, es evidente que existe la obligación clara y exigible por parte del Concesionario de cumplir con sus obligaciones laborales y de parafiscalidad, cuya prueba de su cumplimento debe estar precedida de la Certificación que expida su revisor fiscal.

"Al respecto, en virtud de la solidaridad y en aplicación a la cláusula 49 del contrato de Concesión GG-040 de 2004, es responsabilidad del concesionario el cumplimento de todas las normas legales que dispone el código sustantivo del trabajo las demás disposiciones complementarias y al régimen de parafiscalidad, al señalar tal disposición contractual que "todos los trabajadores necesarios para el desarrollo del objeto del Contrato serán vinculados por el Concesionario o por sus subcontratistas. "(...) quienes tiene a su cargo los respectivos salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de todos los trabajadores vinculados al Proyecto y la responsabilidad por el pasivo laboral, (..,) se obliga al cumplimiento de todas las normas legales y convencionales según lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones complementarias. Igualmente, el Concesionario se obliga a cumplir con los aportes parafiscales conforme a lo establecido en las normas vigentes durante la ejecución del Contrato".

"No obstante la Concesión Autopista Bogotá-Girardot ha tratado de ponerse al día en sus obligaciones laborales y parafiscales, claramente se observa un incumplimiento de su parte en este tema; así se evidencia en la comunicación CABG-IN-0347-10 radicada en esta interventoría el 31 de mayo del año en curso, que el concesionario ha incumplido o cumplido tardíamente su obligación de efectuar estos pagos y que la última certificación del revisor fiscal en términos de Ley, acerca de estos aportes por parte del Consorcio Bogotá Fusa, está fechada del 10 de febrero de 2010. En ésta se certifica el cumplimiento hasta, e inclusive, el mes de diciembre de 2009 y pese al requerimiento conminatorio de la Interventoría a la fecha no se ha aportado. Que para el caso que nos ocupa, aparte de las sanciones que pueda imponer el Ministerio de Protección Social, el Contrato de Concesión en la cláusula 29 prevé la disminución de la remuneración del concesionario por el incumplimiento en las obligaciones parafiscales".

Como se puede apreciar, la Interventoría no manifestó actuar para ejercer un control sobre las actividades del subcontratista, sino para ejercer un control sobre el Concesionario, en la medida en que el mismo tiene una responsabilidad solidaria de conformidad con la ley y el Contrato. Por consiguiente es claro que no es posible acceder a la pretensión formulada por la demandante.

Por lo demás tampoco aparece acreditado *"que el **INCO** ha abusado de su derecho como contratante, y ha ejercido una indebida presión sobre el Interventor del Contrato."* En efecto, ninguna prueba se aportó al proceso que permitiera acreditar este hecho, razón por la cual igualmente se negará esta pretensión.

Finalmente, en cuanto a la pretensión en la cual se solicita declarar que la CONCESIÓN cumplió el Contrato de Concesión GG-040-2004 respecto de las obligaciones a que se refiere la interventoría en su oficio "Concol 10 de agosto de 2010 01-4482-2010", debe observarse que como ya se dijo, el Concesionario es solidariamente responsable por las obligaciones labores y parafiscales de los subcontratistas. Ahora bien, obran en el expediente una serie de conciliaciones debidamente aprobadas por el inspector del trabajo, en virtud de las cuales diversas personas que manifiestan haber sido empleadas del consorcio Bogotá Fusa manifiestan llegar a un acuerdo para el pago de sus acreencias laborales con el Consorcio Bogotá Girardot. Así las cosas considera el Tribunal que debe prosperar la pretensión presentada en el sentido que la Concesión cumplió sus obligaciones respecto de las personas que suscribieron los acuerdos conciliatorios que aparecen a folios 76 a 267 del Cuaderno de Pruebas No. 9 del expediente.

Conclusión

Por todo lo anterior se declarará:

En relación con la pretensión 10 de la demanda reformada, que el concesionario es solidariamente responsable por las obligaciones laborales y parafiscales de sus subcontratistas en relación con el personal empleado en la ejecución del Proyecto.

En relación con la pretensión 11 de la demanda reformada se declarará que la CONCESIÓN no tiene obligación de pago a los proveedores de sus subcontratistas así como tampoco es solidariamente responsable, sin sentencia judicial que así lo declare, con los proveedores de sus accionistas, subcontratistas y cualquier tercero, distinto a los empleados de sus

subcontratistas en el caso previsto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo, en relación con la pretensión 12 de la demanda reformada se declarará que en cumplimiento de sus funciones de verificar el cumplimiento del Contrato de Concesión, el Interventor podía requerir al Concesionario en relación con el cumplimiento de las obligaciones laborales y parafiscales respecto de los trabajadores de los subcontratistas empleados en la ejecución de la obra y por las cuales el Concesionario es solidariamente responsable

En relación con la pretensión 13 de la reforma de la demanda la misma se negará, y por tanto prospera la excepción sexta en su numeral iv) propuesta por la convocada en la contestación de la demanda reformada.

En relación con la pretensión consecuencial referida a las obligaciones a que se refiere la interventoría en el oficio "Concol 10 de agosto de 2010 01-4482-2010" se declarará que la Concesión cumplió sus obligaciones respecto de las personas que suscribieron los acuerdos conciliatorios que aparecen a folios 76 a 267 del Cuaderno de Pruebas 9 del expediente.

En relación con la pretensión decima primera principal de la reforma a la demanda de reconvención la misma prosperará, pero se negarán las pretensiones décima segunda principal y décima tercera principal.

10. EL PACTO DE INDEMNIDAD ESTABLECIDO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN GG-040-2004

Las pretensiones

En su demanda de reconvención reformada la parte demandada solicitó en relación con la obligación de indemnidad a cargo de la demandada en reconvención:

> ***"PRIMERA PRINCIPAL.*** *Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con lo establecido en el segundo inciso de la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, en el sentido de mantener la indemnidad a favor de mi mandante por la ejecución de las actividades atinentes a la gestión predial del Proyecto Vial Bogotá Girardot.*
>
> ***"SEGUNDA PRINCIPAL.*** *Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal declare que se han generado para la Entidad que represento*

perjuicios ingentes que se concretan en los costos y gastos en los que ha tenido que incurrir:

"1. Atención de la demanda ejecutiva instaurada por la señora Leonor Gallego y otros contra el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

"2. Atención de las peticiones, quejas y reclamos de los propietarios de los predios afectos al Proyecto Bogotá – Girardot por incumplimiento de los compromisos de pago pactados entre éstos y el Concesionario.

"En el evento en que se condene judicialmente a la Entidad que represento dentro del proceso ejecutivo instaurado en su contra por la señora Leonor Gallego y otros que se llegaren a instaurar, solicito al H. Tribunal se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de dicha sentencia condenatoria dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme la respectiva sentencia.

***TERCERA PRINCIPAL:** Con base en la declaración anterior, solicito que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., a título de daño emergente a favor de mi mandante, la suma que se pruebe dentro del presente trámite arbitral, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO. Para el pago de esta suma, solicito al H. Tribunal se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa de interés más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, desde la fecha en que la Entidad que represento haya efectuado el pago hasta la fecha en que se realice el pago a su favor.*

***Primera Subsidiaria:** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión tercera principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, desde la fecha en que se haya efectuado el pago por la Entidad que represento hasta la fecha en que se realice el pago efectivo por parte de la Concesión Bogotá Girardot S.A.*

***Segunda Subsidiaria:** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión primera subsidiaria de la tercera principal, que el valor a pagar se actualice con base en el IPC, desde la fecha en que se haya efectuado el pago por la Entidad que represento hasta la fecha en que se realice el pago efectivo por parte de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.*

CUARTA PRINCIPAL: *Con base en la declaración primera principal, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite, a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO, liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo."*

Posición de la demandante en reconvención

Como quiera que la demandante en reconvención en los hechos de su demanda se refiere al contrato de compraventa celebrado por Escritura No. 1137 de la Notaría Única del Círculo de Silvania, el 25 de septiembre de 2008 entre los señores Jorge Antonio Zamorano Vásquez, Leonor Gallego Muñoz, obrando nombre de la sociedad Zamorano Gallego y Cía. S en C., en su condición de Gerente y Representante Legal, María Paula Zamorano Gallego, Jorge Alejandro Zamorano Gallego, Josefina Zamorano De Pavolini, por una parte, y el señor Francisco José Gnecco Roldán, en su calidad de Representante Legal de la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A, por la otra, por el cual se vendieron con destino al Proyecto Bosa-Granada-Girardot, Intersección San Mateo, a favor del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO-, el derecho de dominio y la posesión material que ejercía sobre cuatro zonas de terreno a segregarse de los lotes denominados El Refugio, El Paseo De María, San Carlos y El Eden.

Señala que la Concesión incumplió con la obligación de pagar el precio, por lo cual ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, fue radicada una demanda ejecutiva contra el INCO. Dicho tribunal libró mandamiento de pago al INCO por valor de $7.313.939.999 más sus intereses.

Agrega que fue el Concesionario dentro de las obligaciones estipuladas en el Contrato de Concesión GG-040-2004, quien inició el proceso de compra del predio de propiedad de los señores José Antonio Zamorano Velásquez, María Paula Zamorano Gallego, Jorge Alejandro Zamorano Gallego, Leonor Gallego Muñoz Y Josefina Zamorano De Pavolini y La Sociedad Zamorano Gallego Y Cía. S. en C.

Señala que el valor total de la venta de los inmuebles anteriormente descritos fue la suma de $8.313.939.000 y que el concesionario sólo abonó a los promitentes vendedores la suma de Mil Millones de Pesos Mcte ($1.000.000.000.oo) quedando un saldo pendiente de pago que la Concesión incumplió.

Hace referencia a la comunicación enviada el 17 de noviembre de 2009 mediante comunicación CABG-GR-3549-09 de Francisco Gnneco Roldan, gerente de la CABG a la señora Leonor Gallego (cuaderno de pruebas No 6 folios 118 y ss), de la cual en su opinión se puede deducir que el concesionario realizaba la compra de predios sin siquiera contar con los recursos necesarios a los que está obligado en virtud de la cláusula 37 del contrato de concesión GG-040-2004, actuando de manera irresponsable al endilgar al INCO las obligaciones que eran exclusivas del concesionario como lo es adelantar la gestión predial y la consecución de los recursos necesarios para financiar la compra de predios y poniendo al INCO (hoy ANI) a responder por las demandas ejecutivas que adelanten los vendedores de los predios que el Concesionario dejó de pagar por su actuación beligerante e irresponsable.

Posición de la demandada en reconvención

Señala la demandada en reconvención que la indemnidad de que trata la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. GG-040-2004 antes transcrita, tiene limitaciones. A tal efecto expresa que la indemnidad sólo puede predicarse en tanto la Concesión tenga conocimiento de las reclamaciones, considerando que le es imposible hacerse cargo de procesos en los cuales no ha sido vinculada pues nadie está obligado a lo imposible. Advierte que en el caso concreto, la Concesión Autopista Bogotá Girardot tuvo conocimiento del proceso radicado bajo el número 250002326000 2010 00124 que cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en razón de la demanda de reconvención presentada en este proceso arbitral. Expresa que en la medida en que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. no es parte dentro del proceso de la referencia, no le ha sido posible defender sus intereses así como los del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, y por lo tanto, no puede establecerse que la misma ha incumplido su obligación de mantener indemne al INCO de reclamaciones de terceros.

Agrega que el hecho de que el INCO no haya solicitado la vinculación de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al proceso, o no haya procedido a informarle a la misma de su existencia, es imputable exclusivamente al INCO, y no, como erróneamente pretende el apoderado de la Entidad, atribuírsele al Contratista, en virtud de la cláusula de indemnidad.

Expresa además que la actuación del Instituto Nacional de Concesiones, a su vez, constituye una extralimitación a sus funciones constitucionales, legales y contractuales, teniendo en cuenta que en virtud de la plurimencionada cláusula de indemnidad, su obligación era solicitar al Magistrado que conocía de la acción

contractual, la vinculación de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. mediante la correspondiente denuncia del pleito[418], para permitirle ejercer su derecho de defensa, y mantener exento al INCO de la reclamación. Expresa que de manera unilateral y desconociendo las cláusulas contractuales, y sus deberes legales y Constitucionales, el INCO procedió a la contratación de un abogado para que representara a la entidad en el proceso de la referencia, sin que se solicitara siquiera la vinculación del Contratista para después, ventilar esos asuntos en el presente Tribunal de Arbitramento, y endilgarle la responsabilidad a su poderdante.

Agrega la Convocante que la indemnidad requiere de un adecuado ejercicio que genera obligaciones a cargo de aquel que pretende mantenerse indemne, y dentro de ellas, la obligación de informar, la obligación de consultar y actuar de manera mancomunada; y de obrar, autorizado por el responsable de la indemnidad. En el caso presente, el INCO no informó a la Concesionaria, no actuó mancomunadamente, no solicitó su autorización, perdiendo en consecuencia, la garantía a que tiene derecho.

Agrega que en la totalidad de la información entregada y aportada al proceso, así como en los dictámenes prediales, no se encuentra un documento que acredite que existió un requerimiento de la ANI a CABG relativo a un proceso en materia predial y que CABG se haya negado o no ha actuado en ejecución de su indemnidad predial.

Así mismo señala que no se probó ni la condena, ni si se realizó pago, ni si fue cobrado a CABG por el proceso ejecutivo instaurado por la señora Leonor Gallego al que se refiere la pretensión segunda principal numeral 3. Solo se presentaron una serie de copias simples que refieren a unas providencias judiciales pero no se acreditó como correspondía, que ocurrió a partir de allí.

Por todo lo anterior solicita negar la pretensión presentada.

Consideraciones del Tribunal

En el inciso segundo de la cláusula 37 del Contrato se estableció lo siguiente:

> *"El Concesionario, mantendrá indemne al INCO por cualquier reclamación o acción de terceros con ocasión de la gestión predial que asume, en especial*

en lo que tiene que ver con la valoración, pago de los predios y el correcto manejo de los recursos que destinen para el efecto. Esta indemnidad incluye las reclamaciones o demandas que se interpongan contra el INCO, durante todo el periodo de la concesión por hechos u omisiones del Concesionario en su gestión predial a partir de la fecha de su suscripción del Acta de Inicio de Ejecución."

Esta cláusula fue modificada por el Otrosí 6 y el Otrosí 17 del Contrato y su texto de conformidad con este último es el siguiente:

"PARÁGRAFO SEGUNDO: El concesionario mantendrá indemne al INCO por las reclamaciones judiciales o acciones de terceros relacionadas con la gestión predial que asume, en especial en lo que tiene que ver con el estudio de títulos, valoración de terrenos y construcciones, pago de los predios y correcto manejo de los recursos que se destinen para el efecto. Esta indemnidad incluye las reclamaciones o demandas que se interpongan contra el INCO durante el periodo de concesión por hechos u omisiones que de manera directa tengan que ver con la gestión predial del CONCESIONARIO."

Ahora bien, esta cláusula impone al concesionario mantener indemne al INCO por las reclamaciones judiciales. De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la lengua, indemne es "Libre o exento de daño", por consiguiente, una obligación de indemnidad implica para quien la asume el deber de lograr que el acreedor de dicha estipulación quede exento de daño.

Lo anterior es congruente con el significado que a esta cláusula se le ha dado en derecho colombiano. En efecto el artículo 6º de Decreto 4828 de 2008, tal y como fue modificado por el Decreto 931 de 2009, disponía:

***"Artículo 6.-** Cláusula de Indemnidad*

Las entidades estatales deberán incluir en sus contratos una cláusula de indemnidad, conforme a la cual se pacte la obligación del contratista de mantenerla libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes, salvo que justifiquen en los estudios y documentos previos, que atendiendo el objeto y las obligaciones contenidas en cada contrato y las circunstancias en que éste deberá ejecutarse, no se requiere la inclusión de dicha cláusula."(se subraya)

Si bien esta disposición fue derogada por el Decreto 734 de 2012, en todo caso lo que allí se indica es ilustrativo sobre el sentido de la cláusula de indemnidad.

De esta manera lo esencial de una cláusula de indemnidad es que finalmente el acreedor de la obligación quede exento de daño o perjuicio por aquello cubierto por la cláusula. Ahora bien, en la práctica contractual dicha cláusula puede estipularse de diversas maneras. En efecto, la cláusula puede limitarse a establecer la indemnidad o puede establecer unas reglas determinadas dirigidas a permitir que quien otorga la indemnidad pueda participar en el litigio en que se debate el hecho que da lugar la indemnidad o dirigir el mismo y puede así mismo disponer que la falta de información oportuna o de atender las instrucciones del deudor de la obligación de indemnidad puede tener consecuencias sobre el alcance de la indemnidad.

Ahora bien, cuando no se pacta nada sobre el particular es necesario precisar el alcance de la obligación de indemnidad. Desde esta perspectiva debe recordarse que de conformidad con los artículos 83 de la Constitución Política, 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe. A lo que se agrega que el artículo 28 de la ley 80 de 1993 ordena tener en cuenta los mandatos de la buena fe en la interpretación de las cláusulas y estipulaciones de los contratos.

Desde esta perspectiva es pertinente recordar que Emilio Betti[419] expresaba que la buena fe "*es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte*" y, en particular, como función de integración "*la buena fe lleva a imponer a quien debe la prestación a hacer todo cuanto sea necesario – se haya dicho o no- para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación misma.*" En el mismo sentido Massimo Bianca[420] señalaba que "*Aun si el contrato no lo prevé, la parte está obligada, según la buena fe, a cumplir los actos jurídicos o materiales que se hacen necesarios para salvaguardar la utilidad de la contraparte, siempre que se trate de actos que no comporten un sacrificio apreciable".*

Por consiguiente, en el caso concreto de una cláusula de indemnidad la conducta de las partes no debe limitarse a que el deudor debe indemnizar el daño que se produzca, sino que debe permitir a este último intervenir para que el mismo no se presente, pues esta es una forma en que él puede cumplir su obligación de lograr que el acreedor quede libre o exento de daño. De esta manera, debe entenderse que cuando se presenta una reclamación o demanda, la misma debe ponerse en conocimiento del deudor de la obligación de indemnidad para que este pueda intervenir para procurar evitar el resultado desfavorable.

[419] Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, páginas 102 y 103, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
[420] El Contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, página 529.

No sobra destacar que precisamente al regular el saneamiento por evicción en la compraventa el Código Civil dispone que el comprador debe denunciar el pleito al vendedor, que así podrá concurrir al proceso a coadyuvar en la defensa (artículo 1899 del Código Civil). A lo anterior se agrega que igualmente cuando se produce un siniestro en un contrato de seguro, el asegurado debe notificar dentro de los tres días siguientes a la fecha en que haya conocido o debido conocer la ocurrencia del siniestro (artículo 1075 del Código de Comercio) y de no hacerlo el asegurador puede deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que haya causado el incumplimiento de dicha obligación (artículo 1078 ibídem).

Ahora bien, ello no implica que si no se informa al deudor de la obligación de indemnidad acerca de la demanda o reclamación se pierda el derecho a la reparación del daño, pues para que ello ocurriera las partes debían haberlo pactado, pues en todo caso subsiste el débito fundamental de la obligación de indemnidad de liberar al acreedor de un daño. Por consiguiente el incumplimiento de la obligación de ejecutar el contrato de buena fe y en particular de cumplir los deberes ya señalados tiene como consecuencia la obligación de resarcir los perjuicios causados.

Por consiguiente, si no se informara de la existencia de una reclamación o demandada y el deudor de la obligación de indemnidad puede demostrar que de habérsele informado oportunamente él hubiera podido evitar en todo o parte el daño, esta circunstancia deberá tomarse en consideración para determinar la obligación de reparación.

Ahora bien, en el caso concreto se encuentra lo siguiente:

Obra en el expediente la demanda ejecutiva presentada por la señora Leonor Gallego y otros contra el INCO y la contestación correspondiente[421]. Así mismo obra copia del mandamiento pago a favor de Leonor Gallego y contra el INCO[422] del 20 de mayo de 2010, en el cual se señala:

> *"RESUELVE*
>
> *"PRIMERO: Líbrese mandamiento de pago a favor de los señores LEONOR GALLEGO MUÑOZ, MARÍA PAULA ZAMORANO GALLEGO, JORGE ALFREDO ZAMORANO GALLEGO, JOSEFINA ZAMORANO DE PAVOLINI, JORGE ANTONIO ZAMORANO VELÁSQUEZ, y la sociedad*

[421] Cuaderno 6 folios 122 y siguientes.
[422] Cuaderno de Pruebas No. 7, folio 12.

ZAMORANO GALLEGO Y CIA S EN C; en contra de las sociedades INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO- por las siguientes sumas:

"Por la suma de SIETE MIL TRESCIENTOS TRECE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL PESOS M/CTE ($7.313.939.999) de acuerdo con la copia de la Escritura Pública 1137 de 25 de septiembre de 2008 y sus escrituras aclaratorio 1453 de 2 de diciembre de 2008 y No 0137 de 18 de febrero de 2009.

Intereses moratorios que se liquidarán conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO. El pago ordenado en los numerales precedentes deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación (...)"

De acuerdo con la demanda ejecutiva cuya copia obra en este proceso, el ejecutivo se adelantó por falta de pago del precio pactado.

Ahora bien, en la demanda de reconvención que se decide en este Laudo se solicitó que se declarara que el Concesionario había incumplido su obligación de mantener indemne a la entidad estatal y que si el INCO fuera condenado en el proceso ejecutivo, el Concesionario debería ser condenado a reembolsar dicho valor.

Desde esta perspectiva observa el Tribunal que la última actuación que aparece acreditada en el expediente es la sentencia del 17 de agosto de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo, en la cual dicha corporación resolvió[423]:

"PRIMERO: Se niega la vinculación del Consorcio Autopista Bogotá Girardot S.A. [sic] en calidad de litisconsorcio necesarios, conforme a la parte motiva de este providencia.

"SEGUNDO: Se declaran no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación a cargo del INCO.

"TERCERO: Se declara que el Instituto Nacional de Concesiones INCO, pagó el Capital de la obligación, en atención a la parte motiva de esta providencia.

[423] Folio 15 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 21.

"CUARTO: Se declara que el INCO no incurrió en mora, por tanto se REVOCA el literal B) del numeral PRIMERO del mandamiento de pago de 20 de mayo de 2010.

"QUINTO: Condénese en costa al extremo ejecutado, todo de conformidad con el artículo 393 del C.P.C. y demás concordantes del Estatuto Procesal Civil y lo señalado en ésta providencia.

"SEXTA: Se fijan como agencias en derecho la suma de VEINTIÚN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE PESOS MCTE".

Ahora bien, en su demanda de reconvención la demandante expresa que *"Este fallo ha sido impugnado por las partes procesales y su decisión final estará dada por el Consejo de Estado".*

A la luz de lo expuesto aparece que en el proceso no se encuentra acreditado que el INCO haya debido pagar sumas adicionales al valor del terreno como consecuencia de una eventual mora.

Por otra parte, en cuanto a los gastos en que podría haber incurrido el INCO en la atención del proceso, encuentra el Tribunal que en el expediente[424] obra copia del contrato de prestación de servicios suscrito con el señor Zamir Alonso Bermeo García, quien actuó como apoderado en el mencionado proceso con el INCO. Ahora bien, en la cláusula primera del mencionado contrato se señala el siguiente objeto *"EL CONTRATISTA se obliga a prestar sus servicios profesionales especializados en la defensa judicial del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES, especialmente en el Departamento del Tolima y en la ciudad de Bogotá".* De acuerdo con la cláusula 4ª, el valor total del contrato era de $21.328.213.

Así las cosas es evidente que el contrato no tenía por objeto representar exclusivamente al INCO en el proceso iniciado por la señora Leonor Gallego, por lo cual a falta de otra información acerca de los procesos asumidos por el señalado profesional no es posible condenar al concesionario a reembolsar al INCO el monto indicado en tal contrato.

Por otra parte, en las pretensiones de la demanda de reconvención reformada que se decide en este proceso se indica que *"en el evento en que se condene judicialmente a la Entidad que represento dentro del proceso ejecutivo instaurado en su contra por la señora Leonor Gallego y otros que se llegaren a instaurar,*

[424] Folio 9 del cuaderno de Pruebas No 7.

solicito al H. Tribunal se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de dicha sentencia condenatoria dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme la respectiva sentencia".

Como se aprecia de los hechos a los que se ha hecho referencia, en el proceso ejecutivo se ha acreditado el pago del capital y se negó la condena al INCO al pago de intereses moratorios. Por consiguiente, es posible que en segunda instancia se condene al pago de dichos intereses. Desde esta perspectiva considera el Tribunal que en el evento en que se produzca dicha condena a intereses, los mismos deben ser reembolsados por el concesionario en desarrollo de su obligación de mantener indemne a la entidad concedente.

En este contexto no prospera la excepción formulada por la demandada en reconvención "CUMPLIMIENTO DE LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. EN LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIDAD PREVISTA EN LA CLÁUSULA 37 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. GG-040-2004", pues la demandada en reconvención no ha cumplido con la obligación que le corresponde.

Vale la pena aclarar que el Tribunal no reconocerá que deba ser reducida dicha condena por el hecho de que la entidad estatal no haya informado al Concesionario del proceso oportunamente, pues no se ha acreditó las actuaciones que el Concesionario pudo haber adoptado para evitar el daño.

Por otra parte, en cuanto se refiere a la atención de las peticiones, quejas y reclamos de los propietarios de los predios afectos al Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot por incumplimiento de los compromisos de pago pactados entre éstos y el Concesionario, se aprecia que en el proceso obran los siguientes documentos.

- Derecho de petición del 3 de febrero de 2011[425] de Fabio Meneses Góngora dirigido a Vianey Bravo Paredes, Coordinadora Grupo Territorio del INCO, en el cual se solicita información acerca de "cual es la decisión en relación con el pago del inmueble de mi propiedad identificado como predio CABG-3-R-121-7 que ustedes destruyeron completamente y que se sigue cayendo a pedazos sobre el talud y el carril de la vía de la Autopista Bogotá - Girardot."

- Oficio CONCOL 01-2708-2009 del 3 de junio de 2009[426] del director de interventoría dirigido al gerente general de la CABG, por medio del cual le solicita al Concesionario informe sobre la adquisición de los predios de

[425] Cuaderno de pruebas No 7, folio 161.
[426] Cuaderno de pruebas No 5, folio 48.

Alberto Sanint, Fabio Meneses y Nadejda Kolmycoba, así como del trámite de las peticiones de estas personas dirigidas al INCO y al Ministerio de Transporte.

- Oficio CONCOL 01-4448-2009 de 1 de septiembre 2009[427] del director de interventoría dirigido al gerente general de la CABG, en la que la interventoría hace referencia a la obligación del concesionario de conformidad con la cláusula 37 del contrato de concesión y *"solicita un informe de manera inmediata de la gestión efectuada por el Concesionario para dar trámite al pago del valor faltante del predio a nombre del Señor Guillermo Cubides Olarte .... Además, se solicita una relación de los compromisos económicos pendientes en el proceso de adquisición y la programación que adelantará el Concesionario por cada uno de los predios comprometidos."* Agrega que *"se requiere de manera perentoria, el cumplimento dentro de los términos prometidos a cada una de las obligaciones adquiridas en la promesa de compraventa suscrita con el propietario, y con cada uno de los propietarios de los inmuebles requeridos para el proyecto y agilizar los pagos pendientes a la fecha, toda vez que el incumplimiento de estos compromisos podrá generar demandas ejecutivas en contra tanto del Concesionario y solidariamente a la Nación."*

- Oficio CONCOL 01-4622-2009 de 10 de septiembre 2009[428] de Jairo Espejo Molano, director de interventoría dirigido a Francisco Gnneco Roldan, gerente general de la CABG, por medio del cual se hace referencia a diferentes derechos de petición que han *"venido radicando los propietarios de los predios necesarios para el proyecto vial Bogotá Granada - Girardot, en el Instituto Nacional de Concesiones -INCO, en los que solicitan por parte del Concesionario el cumplimento de cada una de las promesas de compraventa objeto de negociación de los predios mencionados, lo que evidencia que no se ha cumplido cabalmente con los compromisos adquiridos con estos peticionarios, como es el caso de la señora Peggy Johana Lascano Martínez y el señor Daniel Eduardo Lascano Martínez". "Por lo anterior, esta interventoría reitera al Concesionario dar cumplimiento a las obligaciones contractuales económicas del tema Gestión Predial contempladas en la cláusula 37 del contrato de Concesión GG-040-2004, en la cual se aclara que el Concesionario tiene la obligación de aportar los recursos faltantes para la compra de los predios necesarios para el proyecto y a su vez el Instituto Nacional de Concesiones -INCO, deberá reembolsar con intereses en un lapso de 18 meses contados desde la fecha en que se haga el aporte,*

[427] Cuaderno de pruebas No 5 folio 53.
[428] Cuaderno de pruebas No 5 folio 54.

estipulación cuyo cumplimiento no se condiciona a la expedición de ningún tipo de documento por parte del INCO, y por consiguiente no es pertinente dar como respuesta a la comunidad que la demora en los pagos corresponde a la falta de dinero de la institución como se ha venido manifestando por parte de las comunidades". Así mismo *"solicita un informe de manera inmediata, de la gestión efectuada por el Concesionario para dar cumplimento a los compromisos adquiridos con estos propietarios en la promesa de compraventa objeto del predio identificado con la ficha predial número ..., y se reitera de manera perentoria en un término superior a tres (3) días lo solicitado en nuestro oficio 01-4398-2009 radicado en el Concesionario el día 31 de agosto de 2009, donde se requirió: "una relación de los compromisos económicos pendientes en el proceso de adquisición y la programación que adelantara el Concesionario por cada une de los predios comprometidos" y "El cumplimento dentro de los términos prometidos a cada una de las obligaciones adquiridas en la promesa de compraventa suscrita con esta propietaria, y con cada uno de los propietarios de los inmuebles requeridos para el proyecto y agilizar los pagos pendientes a la fecha, toda vez que el incumplimiento de estos compromisos podría generar demandas ejecutivas en contra tanto del concesionario y solidariamente a la Nación".*

- Comunicación del 3 de febrero de 2011 remitida por la Contralora Delegada Sector Minas y Energía al INCO[429] en la que la Contraloría acusa *recibo "de copia del Derecho del Petición interpuesto ante esa entidad por los ciudadanos Nadejda Kolmykova y Fabio Metieses Góngora, mediante el cual se solicita respuesta en relación con el pago por el inmueble de su propiedad identificado como predio CABG-3-R-121-7, el cual según se menciona, fue destruido presuntamente por el INCO en razón de las obras adelantadas para la construcción de la autopista Bogotá - Girardot."*

Como se puede apreciar los diversos oficios a los que se ha hecho referencia tienen diverso alcance, pues en tanto que algunos se refieren propiamente al incumplimiento en el pago de obligaciones derivadas de contratos de compraventa, otros se refieren al pago de los daños causados en inmuebles por la construcción del Proyecto. Desde este punto de vista debe recordarse que la pretensión está circunscrita a las peticiones, quejas y reclamos vinculadas al incumplimiento de los compromisos de pago.

Ahora bien, a la luz de lo ya expuesto es claro que en la medida en que no se pagaron oportunamente los precios correspondientes a los inmuebles adquiridos,

[429] Cuaderno de pruebas No 7, folio 162.

hay un incumplimiento por parte del concesionario a la obligación de gestión predial.

Ahora bien, no hay prueba en el expediente de los mayores costos en que incurrió la demandante en reconvención por la atención de peticiones, quejas y reclamos de los propietarios de los predios afectos al proyecto por incumplimiento de los compromisos de pago, por lo que no es concluir que el demandado en reconvención no ha cumplido su obligación de indemnidad, razón por la cual no es posible imponer a la demandada en reconvención una condena.

Conclusión

Por todo lo anterior se negará la pretensión primera principal de la demanda de reconvención en el que se solicita declarar que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con lo establecido en el segundo inciso de la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, en el sentido de mantener la indemnidad a favor de la demandante en reconvención por la ejecución de las actividades atinentes a la gestión predial del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot.

Igualmente se negará la pretensión segunda principal, salvo el numeral 3, en la que se solicita se declare que se han generado para la demandante en reconvención perjuicios ingentes que se concretan en los costos y gastos en los que ha tenido que incurrir para la atención de la demanda ejecutiva instaurada por la señora Leonor Gallego y otros contra el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por la atención de las peticiones, quejas y reclamos de los propietarios de los predios afectos al Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot por incumplimiento de los compromisos de pago pactados entre éstos y el Concesionario.

Prospera parcialmente el numeral 3 de la pretensión segunda principal de la demanda de reconvención, y en consecuencia se declarará que en el evento en que la entidad demandante en reconvención sea condenada al pago de intereses moratorios en el proceso ejecutivo iniciado por la señora Leonor Gallego y otros contra el INCO, tales intereses deben ser pagados por el Concesionario. A este respecto se negará la excepción formulada denominada cumplimiento de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. en la obligación de indemnidad prevista en la cláusula 37 del contrato de concesión no. GG-040-2004.

Al tratarse de pretensiones consecuenciales y no haber prosperado las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención, tampoco

prosperarán las pretensiones de la demanda de reconvención tercera principal y sus subsidiarias, ni la cuarta principal.

11. EVENTUAL CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA A FAVOR DE LA ANI POR VALOR DE $ 20.000'000.000,00, SUMA QUE DEBERÁ SER TRASLADADA A UNA NUEVA SUBCUENTA DEL FIDEICOMISO DENOMINADA "GARANTÍAS DE INDEMNIDAD"

Las pretensiones

En relación con la eventual constitución de una garantía de indemnidad en la demanda de reconvención reformada el demandante solicitó:

> ***"DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL.*** *Con base en los incumplimientos anotados y que se demostraran en este proceso, solicito que el H. Tribunal ordene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. la constitución de una garantía por valor de VEINTE MIL MILLONES DE PESOS ($20.000'000.000,oo), cuyos recursos serán tomados de la Subcuenta Principal de la Fiduciaria que administra los recursos del Proyecto Vial Bogotá Girardot para ser trasladados a una nueva subcuenta que se denominará "Garantías de Indemnidad" dentro del Fideicomiso, la cual tendrá por finalidad pagar, a simple requerimiento del INCO, cuando éste se vea requerido a pagar, desembolsar, asumir o garantizar cualquier obligación por contingencias generadas por cualquier incumplimiento de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.*
>
> ***"Primera Subsidiaria.*** *En el evento en que el Tribunal no acceda a la pretensión décima cuarta principal anterior, solicito que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., cuando el INCO sea llamado a responder, garantizar o pagar cualquier obligación que le corresponda a aquélla, a trasladar el monto reclamado de la Subcuenta Principal a la Subcuenta de Excedentes del INCO, previa demostración de que éste último ha sido llamado a responder, garantizar o pagar cualquier obligación que le corresponda a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.*
>
> ***"Segunda Subsidiaria.*** *En el evento en que el Tribunal tampoco acceda a la pretensión primera subsidiaria de la pretensión décima cuarta principal, que el H. Tribunal ordene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a la constitución de una garantía de cumplimiento otorgada por una Compañía de Seguros del país o del exterior, con calificación AA+ o superior por valor de VEINTE MIL MILLONES DE PESOS ($20.000'000.000,oo) corrientes para que garantice las anteriores contingencias. Esta garantía durará por el*

plazo de las obligaciones y el de las prescripciones de las obligaciones contingentes a garantizar y será exigible a simple requerimiento del INCO."

Posición de la parte demandante en reconvención

La parte demandante en reconvención considera que esta pretensión está llamada a prosperar debido al incumplimiento del pago de los aportes parafiscales y las obligaciones laborales a los trabajadores por parte del Consorcio Bogotá-Fusa quien fue subcontratista de la Concesión Autopista Bogotá Girardot. En efecto, debido a los continuos retrasos en los pagos de los salarios y de los aportes parafiscales los afectados decidieron demandar a MNV S.A, GAS KAPITAL GR S.A, Alejandro Char Chaljub, en calidad de integrantes del Consorcio Bogotá Fusa; a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT y al INCO (ahora ANI) buscando el restablecimiento de sus derechos.

Agrega que el Consorcio Bogotá Fusa estaba conformado por el Grupo Nule y Alejandro Char quienes a su vez eran socios de la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT, es decir, que el CONSORCIO BOGOTÁ FUSA no estaba integrado por personas extrañas al Concesionario, sino que estaban allí presentes una parte de sus socios quienes tenían pleno conocimiento del Contrato de Concesión y de las implicaciones que se tenía con respecto al pago de las obligaciones para con sus empleados.

Destaca que la Interventoría en atención a las continuas quejas y peticiones de los trabajadores y a la falta de pago de las obligaciones laborales y aportes parafiscales inició el trámite descrito en la cláusula 29 del contrato de concesión sobre la disminución de ingresos.

Así mismo hace referencia a la comunicación del Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá del 12 de octubre de 2012, oficio No 1590[430] en la que este despacho judicial relaciona los procesos que están radicados en ese juzgado, para un total de 15 procesos ordinarios laborales. Así mismo señala que obran también dentro del expediente arbitral las certificaciones emitidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá en las que se identifican otros 20 procesos más sumados a los 15 que se encuentran en Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá[431], en total estos procesos judiciales contra el INCO (hoy ANI) suman 35.

[430] Cuaderno de pruebas No 26 folio 281.
[431] Cuaderno de pruebas 26 folios 498, 502, 507, 511, 514, 519, 524, 528, 533, 538, 542, 547, 552, 557, 562, 565, 569, 573, 578, 583.

Agrega que para las demandas laborales instauradas por los empleados del CONSORCIO BOGOTÁ FUSA, el INCO (ahora ANI) tuvo que contratar profesionales del derecho para atender estos procesos judiciales, según consta en los contratos de prestación de servicios con los doctores Myriam Liliana Gómez Gutiérrez, Gloria Estella Gutiérrez Ballesteros y Zamir Alonso Bermeo García.

Señala que por los incumplimientos reiterados del Concesionario para con sus trabajadores, el INCO (hoy ANI) ha tenido que soportar y defenderse en las diferentes demandas, peticiones y quejas instauradas por estos trabajadores, sin que el Concesionario haya mantenido su obligación de mantener indemne al INCO de los daños y perjuicios que se presenten en la ejecución del Contrato de Concesión.

Posición de la parte convocada en reconvención.

La parte convocada en reconvención se opone a dicha pretensión.

Como ya se señaló la demandada en reconvención sostiene que la indemnidad de que trata la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. GG-040-2004 en materia de gestión predial tiene limitaciones y que no ha incumplido dicha obligación, pues no ha sido citado a los respectivos procesos. Igualmente en materia laboral sostiene que ella no tiene la obligación de responder por las obligaciones laborales de los subcontratistas, pero que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ-GIRARDOT S.A. ha cancelado el pasivo laboral del Consorcio Bogotá-Fusa, subcontratista que incumplió el pago de salarios y prestaciones sociales a sus empleados.

Consideraciones del Tribunal

Dispone el artículo 1494 del Código Civil:

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

Por consiguiente, de conformidad con este precepto legal para que exista una obligación debe existir un acuerdo de voluntades, un hecho voluntario de una persona, un hecho ilícito o una disposición legal que la contemple. Como se puede apreciar la ley no contempla como fuente de las obligaciones la sentencia judicial. Al juez le corresponde reconocer la existencia de las obligaciones que surgen de alguna de las fuentes contempladas en el ordenamiento, pero por regla general no tiene la facultad de crear otras, salvo que la ley lo autorice.

Ahora bien, en materia de garantías en algunos casos la ley hace referencia a garantías constituidas por orden judicial. Así en el caso de la fianza el artículo 2362 del Código Civil dispone:

> *"Art. 2362.- La fianza puede ser convencional, legal o judicial.*
>
> *"La primera es constituída por contrato, la segunda es ordenada por la ley, la tercera por decreto de juez.*
> *"*
>
> *"La fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional, salvo en cuanto la ley que la exige o el Código Judicial dispongan otra cosa."*

Sobre este artículo ha dicho la doctrina Chilena, comentando un artículo idéntico del Código Civil Chileno, que *"ninguna disposición legal autoriza al juez en forma general para exigir fianza cuando él lo crea conveniente; solo en ciertos y determinados casos la ley lo autoriza expresamente para ello. Toca al juez apreciar las circunstancias que la ley señala en cada caso particular para que pueda exigir el otorgamiento de fianza"*[432].

Por otra parte, en materia de prenda dispone el Código Civil en el artículo 2417 lo siguiente:

> *" Artículo 2417.- No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.*
>
> *"No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan."*

[432] Antonio Vodonovic. La fianza pagina 12 , disponible en http://es.slideshare.net/RichardElric/antonio-v-la-fianza, quien cita Alfredo Barros Errazuriz. Curso de Derecho Civil. Tratado de los contratos y demás fuentes e las obligaciones Santiago 1932, No 340, página 436

Al igual que en el caso anterior, es claro que los casos en los que por orden judicial se puede tomar una cosa del deudor para que sirva de garantía, suponen una norma legal que le haya otorgado al juez dicha facultad.

Lo anterior es concordante con el artículo 603 del Código General del Proceso que dispone:

> ***"Artículo 603. Clases, cuantía y oportunidad para constituirlas.*** *Las cauciones que ordena prestar la ley o este código pueden ser reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros, en dinero, títulos de deuda pública, certificados de depósito a término o títulos similares constituidos en instituciones financieras.*
>
> *"En la providencia que ordene prestar la caución se indicará su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale. Si no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia, de conformidad con lo dispuesto en este código.*
>
> *"Las cauciones en dinero deberán consignarse en la cuenta de depósitos judiciales del respectivo despacho.*
>
> *"Cualquier caución constituida podrá reemplazarse por dinero o por otra que ofrezca igual o mayor efectividad."(se subraya)*

Como se puede apreciar, el Código General del Proceso al regular las cauciones establece claramente que ellas son ordenadas por la ley o por el Código y al juez le corresponde al ordenarlas indicar la cuantía y plazo cuando la ley no la señale. Por consiguiente, a la luz de dicho Código una caución siempre tiene una base legal y lo que puede hacer el juez es ordenarla en el caso concreto fijando la cuantía y plazo, si el legislador no la fijó.

Desde esta perspectiva observa el Tribunal que no se ha acreditado en el proceso que exista una fuente legal o convencional en virtud de la cual la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. esté obligada a la constitución de una garantía por valor de VEINTE MIL MILLONES DE PESOS ($20.000'000.000,oo) como lo reclama el demandante en reconvención, por lo que se negará dicha pretensión.

Por las mismas razones se negarán las pretensiones primera subsidiaria y segunda subsidiaria.

12. SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL CONTRATO

El marco de la Controversia

En la pretensión 14 declarativa formulada en la demanda arbitral reformada, la sociedad concesionaria solicita:

> *"14. DECLARAR que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. cumplió con la obligación estipulada en la cláusula 31 numeral 31.1.3 del Contrato de Concesión GG-040-2004, en lo relacionado con la efectiva constitución de garantías de estabilidad de los subtrayectos 7A, 7C, 8A, 9B y 10."*

Como consecuencia de esta declaración, en la pretensión 1 consecuencial de la demanda arbitral reformada, se pide:

> *"1. DECLARAR que la CONCESIÓN cumplió el Contrato de Concesión GG-040-2004 respecto de las obligaciones a que se refiere la interventoría en sus oficios: (...)*
>
> *"Respecto a la constitución de garantías de estabilidad, subtrayectos 7A, 7C, 8A, 9B y 10.*
>
> *"14. Concol 10 de mayo de 2009 01-2406-2009*
> *"15. Concol 1 de julio de 2009 01-3181-2009*
> *"16. Concol 6 de agosto de 2009 01-4026-2009*
> *"17. Concol 27 de Septiembre de 2009. 01-6290-2009*
> *"18. Concol 21 de junio de 2010 01-3410-2010*
> *"19. Concol 21 de septiembre de 2010 01-5414-2010*
> *"20. Concol 23 de septiembre de 2010 01-5475-2010"*

Por su parte, el apoderado judicial de la entidad convocada propuso la excepción 6 de mérito en los siguientes términos:

> *"6. Excepción de incumplimiento de las obligaciones contractuales por culpa del concesionario.*
>
> *"Respecto de las pretensiones de la demanda y los hechos en que se sustentan, existe un incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario en virtud del Contrato de Concesión GG-040-2004 por lo cual las mismas no pueden ni deben prosperar de cara a este trámite arbitral, como paso a relatarlo seguidamente: (...)*
>
> *"v) Respecto de la constitución de garantías de estabilidad del Trayecto 10 y subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B."*

Considerando que fueron estos los términos en que ambas partes plantearon la controversia, es preciso puntualizar en cuanto a los argumentos expuestos por cada una sobre este particular.

La posición de la parte convocante

En el acápite de hechos correspondiente a la constitución de garantías de estabilidad y calidad de las obras, la sociedad concesionaria manifestó que, mediante una serie de oficios (No. 20093050136221, 01-06290-2009, 01-3410-2010, 20103050088871, 01-5475-2010 y 01-5414-2010) fue requerida por la Interventoría del contrato para que constituyera las pólizas correspondientes a los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B y al trayecto 10, debido a la entrada en operación de los mismos.

En atención a lo anterior, aduce la demandante que a través de comunicación CABG-IN-0178-10 de once (11) de marzo de 2010, "*... allegó la póliza de estabilidad del Trayecto 10 expedida por Segurexpo, y posteriormente, el día 28 de septiembre de 2010 remitieron las garantías correspondientes a los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B, expedidas por Suramericana, demostrando así que el Concesionario ha cumplido con las obligaciones contractuales (sic) con las vigencias contractuales, es decir que el INCO no está descubierto por ningún día desde la entrada en Operación de los mencionados subtrayectos*" –se subraya–.

Sin embargo, con posterioridad a la constitución de las mencionadas garantías, la entidad contratante remitió a la concesionaria la comunicación No. 20103050134221 de veintiocho (28) de agosto de 2010, manifestando que la contratista había incumplido con la obligación contractual de constituir las garantías de estabilidad de los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B, "*... debido a que las mismas debían ser constituidas (sic) 30 días de anticipación a la fecha en que debía empezar la vigencia del amparo*". Adicionalmente, a través de oficio No. 01-5414-2010, la Interventoría le informó a la concesionaria sobre el inicio de un procedimiento de disminución a la remuneración, "*... en virtud del retraso en la constitución de la garantía de estabilidad del Trayecto 10*", la cual fue aplicada o impuesta por el INCO mediante comunicación No. 20103050132781 de veintisiete (27) de septiembre de 2010.

Al respecto, la concesionaria alega que el veintiocho (28) de septiembre de 2010, remitió nuevamente las pólizas correspondientes a los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B, cuya vigencia se extendía hasta el año 2014, con lo cual –en su sentir– "*... quedó subsanado el hecho que dio lugar a la disminución de ingresos*". A renglón seguido, aduce que en la misma fecha remitió otro oficio exponiendo su

desacuerdo "*... con el procedimiento de disminución de ingresos que se inició por la construcción tardía de la Póliza de estabilidad del Trayecto 10*".

Continúa señalando la convocante que, pese a lo anterior, el tres (3) de marzo de 2011, "*... la Interventoría envió comunicación No. 01-1269-2011, en el que establece que es cierto que la Concesión cumplió con su obligación de constituir las pólizas de estabilidad de los Subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B, pero a su vez impone una disminución de ingresos por el valor de $1.279.981.000. Referente a la obligación de la constitución de las referidas pólizas*".

En este contexto, se concluye en la demanda que la sociedad concesionaria cumplió con sus obligaciones referidas a las garantías de estabilidad para los mencionados trayectos y subtrayectos, dado que constituyó las pólizas correspondientes e hizo entrega de las mismas, por tanto, aduce que las disminuciones a la remuneración impuestas por tal circunstancia perdieron sus efectos tras verificarse el cumplimiento de dicha obligación.

Posición de la entidad pública convocada

Sobre el planteamiento de la convocante, la entidad pública demandada propuso una excepción de mérito manifestando que la sociedad concesionaria incumplió en efecto con sus obligaciones atinentes a esta materia en particular. De manera concreta, el apoderado de la entidad precisó que la razón de dicho incumplimiento no tenía que ver con la no constitución o la falta de entrega de estas garantías, sino con la oportunidad en que las mismas fueron contratadas por parte de la contratista, al punto en que "*... hubo una mora de aproximadamente un (1) año para que el Concesionario se allanara al cumplimiento de esta obligación elemental del Contrato de Concesión GG-040-2004, tiempo durante el cual, mi representada sí estuvo descubierta ante cualquier siniestro que pudiere haber acaecido durante dicho periodo de mora*".

Por estas razones, a juicio del apoderado, se aplicaron disminuciones a la remuneración en contra de la sociedad concesionaria, habida cuenta que incurrió en mora en el cumplimiento a dicha obligación contractual.

En estos términos, se solicita en la excepción 6 que se desestime la pretensión 14 declarativa.

Cuestión previa

Conociendo el objeto y alcance de la controversia suscitada por las partes respecto de la constitución de la garantía en lo que tiene que ver con el amparo

de estabilidad y calidad de las obras, el Tribunal considera importante reiterar en este punto lo expuesto páginas atrás cuando concluyó que carece de competencia para estudiar y decidir sobre la aplicación de disminuciones a la remuneración, de manera que, por más que las partes hayan hecho referencia a esta figura en sus escritos, el juicio que se adelantará en este capítulo sobre la constitución de las garantías se restringirá única y exclusivamente a valorar lo concerniente al cumplimiento o incumplimiento de la obligación respectiva.

La constitución de la garantía única de cumplimiento para cubrir el amparo de estabilidad y calidad de las obras

Las garantías constituyen un tema neurálgico en el marco de las relaciones contractuales del Estado, cuya importancia está dada precisamente por la necesidad de satisfacer los intereses generales que corresponden al fin último de la contratación pública. Es por ello que jurisprudencialmente se ha determinado que la estipulación de la denominada cláusula de garantías en los contratos celebrados por la Administración constituye un requisito obligatorio y de orden público[433], "*... por cuanto es un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal, cual es la satisfacción del interés general, así como del patrimonio público; en efecto, por una parte, asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y, por otra, protege el patrimonio estatal del daño derivado del incumplimiento, o cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones por parte del contratista*"[434].

Lo anterior se ha visto reflejado en la normatividad que de tiempo atrás se ha proferido en materia de garantías para el contrato estatal, pues cada estatuto o norma reglamentaria ha contemplado un acápite o cuando menos ha destinado algunas disposiciones a fin de regular el alcance, los requisitos y demás aspectos concernientes a dicha institución[435], exigiendo en cada caso a las entidades públicas que pacten en sus contratos la cláusula de garantías y, consecuencialmente, a los particulares contratistas que presten la respectiva garantía única de cumplimiento mediante la constitución de pólizas o garantías

[433] "Este requisito [la garantía única] es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de nueve (9) de julio de 2015, Exp. 28.685, C.P. Danilo Rojas Betancourth)

[434] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintitrés (23) de febrero de 2012, Exp. 20.810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[435] Tal es el caso del Decreto-ley 222 de 1983, en cuyos artículos 67 a 70 se reguló la "obligación de garantizar el contrato", la "cláusula presunta de garantías", la "cuantía y el término de las garantías" y los denominados "contratos de garantía". La Ley 80 de 1993 en sus artículos 25 y 60 también se refirió a este asunto en particular, lo cual se verifica también en el Decreto 679 de 2001 y en la Ley 1150 de 2007 (art. 7).

bancarias –entre otros mecanismos que han sido avalados por el legislador[436]– que aseguren la correcta y cumplida ejecución del objeto convenido.

En este sentido, el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 –norma aplicable al caso concreto en materia de garantías– establece la obligación del particular contratista de constituir la denominada garantía única de cumplimiento en los siguientes términos:

> "*El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantías de seriedad de los ofrecimientos hechos.*
>
> *"Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.*
>
> *"La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. (...)*" – Subraya del Tribunal–

De acuerdo con la citada norma, es obligación del particular contratista "*... prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que*

[436] Si bien no corresponde a una norma aplicable al caso concreto, el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 dispone con claridad a este respecto que: "DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.
"Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.
"El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.
"El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.
"Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.
"PARÁGRAFO TRANSITORIO. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes."

surjan del contrato y sean puestas en cabeza suya"[437], a fin de prevenir y subsanar los efectos negativos que lleguen a verificarse en el marco de la relación contractual[438], a raíz de las contingencias o de los riesgos propios del contrato, cuya materialización puede repercutir en el cumplimiento normal de las prestaciones que son objeto del negocio.

Ahora bien, debe precisarse que uno de los amparos de la garantía única de cumplimiento corresponde al de estabilidad y calidad de la obra, el cual "*... tiene operancia en los contratos de ejecución de obra, en los cuales el riesgo consiste en el deterioro o daño de la misma imputable al contratista, después de ser recibida por la entidad contratante*"[439]. En efecto, considerando que el contratista tiene la obligación de ejecutar en debida forma la obra contratada, cumpliendo para tal efecto con las distintas condiciones de orden técnico y constructivo que garanticen el normal funcionamiento de la estructura correspondiente, es preciso tener en cuenta que dicha obligación no se agota con la sola terminación de la obra respectiva, toda vez que con posterioridad a ello subsiste en cabeza del contratista el deber de adelantar las diferentes actividades tendientes al saneamiento de los vicios o defectos que la misma pueda presentar y que afecten su normal funcionamiento[440].

Es en esta etapa donde tiene aplicación el amparo de estabilidad y calidad de la obra, pues es con posterioridad a su terminación, entrega y recibo a satisfacción que pueden constatarse sus condiciones de operatividad y durabilidad, así como los deterioros o daños que puedan presentarse por circunstancias imputables al contratista, de ahí la necesidad de "*... asegurar a la entidad contratante que la obra contratada se [mantendrá] 'en condiciones normales de uso' para la utilización y el servicio para el cual se ejecutó y no [perderá] 'las características de armonía, seguridad y firmeza de su estructura*"[441].

---

[437] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de nueve (9) de julio de 2015, Exp. 28.685, C.P. Danilo Rojas Betancourth

[438] Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1996.

[439] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de dieciséis (16) de marzo de 2000, Exp. 10.876, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

[440] "*Y en los contratos celebrados por la administración, en general, según lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación al interpretar el régimen jurídico aplicable, las obligaciones del contratista, tampoco se agotan con la entrega a satisfacción de su objeto dentro del plazo de ejecución del contrato, sino que una vez finalizado debe salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y de los servicios prestados, obligación que es posible garantizar con el otorgamiento de pólizas de seguros, cuya vigencia se extiende por el tiempo que determine la entidad contratante de acuerdo con la ley y el reglamento.*" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintitrés (23) de febrero de 2012, Exp. 20.810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio)

[441] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de veinticuatro (24) de julio de 2013, Exp. 27.505, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Vale traer a colación en este punto lo expuesto al respecto por el H. Consejo de Estado, Corporación que ha explicado de manera diáfana el propósito y el alcance del amparo de estabilidad y calidad de la obra, con las siguientes palabras:

> *"En presencia de una póliza que verbigracia, garantiza la estabilidad de las obras ejecutadas por un contratista, su efectividad solo podrá cumplirse después de la terminación y liquidación del contrato, puesto que es después de ejecutadas y entregadas las obras, y puestas al servicio de la comunidad, que la Administración puede detectar defectos en la construcción y amenaza de su deterioro prematuro; situación que como resulta obvio, genera perjuicios al Estado."*[442]

Considerando, entonces, que el amparo de estabilidad y calidad opera con posterioridad a la culminación de los trabajos constructivos y, puntualmente, luego del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad pública contratante, es preciso colegir que es ésta la oportunidad propicia para que inicie la vigencia de la respectiva garantía que para tal efecto se hubiere constituido u otorgado, más aún si se tiene en cuenta que a partir de allí la obra será puesta en servicio y podrá verificarse cualquier tipo de daño o deterioro que altere su normal funcionamiento.

En vista de lo anterior, el inicio de la vigencia del amparo de estabilidad y calidad tendrá que ser simultáneo a la entrega y recibo de la obra, circunstancia que implica, a su vez, que la respectiva garantía que contenga dicho amparo deberá constituirse u otorgarse con anterioridad a este específico hecho. Así lo ha expuesto la jurisprudencia al indicar que el amparo de estabilidad y calidad surte efectos con posterioridad a la ejecución de la obra correspondiente, de ahí que su vigencia comienza precisamente al momento en que ésta es recibida a satisfacción. Expresamente, se ha indicado que:

> *"En relación con el inicio de la vigencia del amparo de estabilidad de obra se reconoce en la actual normativa la práctica que ya existía de exigir el aludido amparo a partir de la entrega de la obra, lo cual permite observar con claridad que el amparo respectivo se extiende para la etapa post contractual, más allá de la etapa de ejecución del contrato y se inicia a partir de la entrega y recibo de la obra contratada."*[443] –Subraya del Tribunal–

[442] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintidós de abril de 2009, Exp. 14.667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.
[443] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de veinticuatro (24) de julio de 2013, Exp. 27.505, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En suma, el amparo de estabilidad y calidad, como parte de la garantía única de cumplimiento, tiene sustento en la obligación que le asiste al contratista de asegurar que la obra no tendrá desperfectos o vicios de construcción que tuvieren que haberse advertido y solucionado durante su ejecución, los cuales, de llegar a suceder, tendrán que sanearse en cualquier caso a fin de garantizar el normal funcionamiento de la misma[444]. Es por ello precisamente que se estipula a cargo del contratista el deber de constituir una póliza o garantía que cubra las contingencias referidas a la estabilidad y calidad de la obra, cuya vigencia debe iniciar en el momento mismo de su entrega y recibido a satisfacción, a fin de que al entrar en servicio la obra esté asegurada por el eventual acaecimiento de circunstancias que puedan afectar su operatividad.

Tomando como sustento las consideraciones expuestas, es preciso ahora establecer las condiciones que sobre este asunto en particular fueron pactadas en el contrato de concesión No. GG-040-2004, para luego analizar lo acontecido en relación con el otorgamiento de las pólizas en cuestión y resolver de esta forma la pretensión de cumplimiento que ha formulado la parte convocante.

El amparo de estabilidad y calidad de la obra en el marco del contrato de concesión No. GG-040-2004 – La constitución de las pólizas o garantías correspondientes

El contrato de concesión No. GG-040-2004 estipuló expresamente y de manera amplia la referida cláusula de garantías, en la cual se regularon las distintas condiciones para su otorgamiento, contenido y alcance, precisando así los diferentes amparos que la compondrían y los tiempos concernientes a su constitución y vigencia. Se trata de la cláusula 31 del contrato, en la cual se contempló la denominada garantía única de cumplimiento que debía ser otorgada por el concesionario y entregada para la aprobación de la entidad, dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción de texto contractual.

Recordando que el contrato de concesión No. GG-040-2004 estipula un objeto múltiple que refiere a distintas actividades de consultoría, obra y concesión, es preciso destacar que al tratarse de una relación contractual que implicaba la ejecución de obras para la construcción de infraestructura, como parte de la garantía única de cumplimiento se reguló en la cláusula 31.1.3 el "*amparo de estabilidad y calidad de las obras, equipos, bienes y servicios*".

La mencionada cláusula 31.1.3 señaló que era obligación de la sociedad concesionaria constituir una garantía de calidad y estabilidad de las obras,

[444] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de dieciséis (16) de marzo de 2000, Exp. 10.876, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

equipos, bienes y servicios, como requisito para iniciar la Etapa de Operación y Mantenimiento de cada uno de los trayectos del proyecto, la cual debía cubrir un porcentaje correspondiente al 5% del valor de construcción y rehabilitación de los trayectos y tendría una vigencia de cinco (5) años contada a partir de la firma del Acta de Inicio de Operación que se suscribiría para cada trayecto.

De manera concreta, la cláusula en mención estipula lo siguiente:

"CLÁUSULA 31. GARANTÍAS

"El Concesionario se compromete a constituir las siguientes garantías por los montos y durante los plazos previstos en esta cláusula.

"31.1. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO

"Dentro de los quince (15) Días siguientes a la suscripción del presente Contrato, el Concesionario deberá presentar para aprobación del INCO una Garantía Única de Cumplimiento de las obligaciones contractuales, expedida por una Compañía de Seguros o Banco debidamente autorizados para funcionar en Colombia, figurando como asegurado el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES y como afianzado el Concesionario.

"El INCO dispondrá de quince (15) Días Hábiles para objetarla o aprobarla, en los términos señalados en el numeral 6.2 de la CLÁUSULA 6.

"La Garantía Única de Cumplimiento deberá contener todos y cada uno de los siguientes amparos:

"(...)

"31.1.3. AMPARO DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LAS OBRAS, EQUIPOS, BIENES Y SERVICIOS

"El Concesionario deberá constituir, como requisito para iniciar la Etapa de Operación y Mantenimiento por Trayecto, una garantía de estabilidad y calidad de las obras, equipos, bienes y servicios objeto del presente Contrato, a favor del INCO, por un valor equivalente al cinco por ciento (5%) del valor estimado de construcción y rehabilitación de la totalidad de los Trayectos, durante la Etapa de Construcción y Rehabilitación de cada Trayecto, de acuerdo a lo establecido en el numeral 31.1.2.2. anterior (actualizado con el IPC hasta la Fecha Efectiva de Terminación del Contrato). Este amparo deberá tener una vigencia de cinco (5) años para cada uno de los Trayectos los cuales se contarán a partir de la firma del Acta de Iniciación de la Operación para cada Trayecto.

"El objeto de este amparo es el cubrimiento de la responsabilidad del Concesionario por los daños que presente el Proyecto durante la vigencia de este amparo.

"El Concesionario –y/o la aseguradora, según sea el caso– sólo se eximirán de las obligaciones cubiertas por el amparo de estabilidad y calidad de las obras cuando demuestren alguna de las circunstancias siguientes:

"a) Que la causa de los daños son situaciones sobrevinientes, imprevistas e imprevisibles que escaparon al control del Concesionario y que no tienen ninguna relación u origen total o parcial en las Obras de Construcción y Rehabilitación, los bienes y equipos suministrados e instalados por el Concesionario, ni en cualquier otra actividad ejecutada por el Concesionario.

"b) Que los daños de las Obras de Construcción y Rehabilitación se deben a intervenciones por parte del INCO.

"El amparo de estabilidad y calidad de las obras no se incluirá necesariamente en la Garantía Única de Cumplimiento desde su presentación dentro de los quince (15) Días siguientes a la suscripción del Contrato. En caso de no incluirse inicialmente, la Garantía Única de Cumplimiento deberá ser ampliada por el Concesionario para incluir el amparo de estabilidad y calidad de las obras con no menos de treinta (30) Días de anticipación a la fecha en que deba comenzar la vigencia de este amparo conforme a lo establecido en el presente numeral. Dicha ampliación deberá ser aprobada por el INCO.

"Si el Concesionario no constituye este amparo en los términos señalados en el presente numeral, se entenderá que ha incumplido el Contrato. Tal incumplimiento se entenderá amparado en el cubrimiento a que se refiere el numeral 31.1.1 de la presente cláusula." –Destaca el Tribunal–

A pesar de la extensión de la cláusula en cita, su lectura detenida permite advertir las distintas condiciones que se fijaron respecto de la constitución y el contenido de la garantía contemplada en el caso concreto para cubrir el amparo de estabilidad y calidad de las obras. De manera clara, la mencionada estipulación contractual definió los siguientes requisitos que debía atender el concesionario para constituir u otorgar la garantía que cubriría el amparo en mención, a saber:

- Previo al inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento, el concesionario debía constituir una garantía de estabilidad y calidad de las obras para cada uno de los trayectos, con el propósito de cubrir la

responsabilidad del concesionario frente a los daños que llegare a presentar la obra luego de su entrega y recibido a satisfacción.

- Este amparo debía cubrir el cinco por ciento (5%) del valor total sufragado para la construcción y rehabilitación del trayecto correspondiente.

- La vigencia del amparo sería de cinco (5) años contada desde la firma del Acta de Inicio de Operación para cada uno de los trayectos.

- La garantía correspondiente al amparo de estabilidad y calidad de la obra no se aplicaría ni podría hacerse efectiva cuando se demostrara que los daños presentados por la obra tuvieran por causa situaciones sobrevinientes, imprevistas e imprevisibles o cuando se hubieren originado por intervenciones en la obra efectuadas por la entidad pública contratante.

- El amparo de estabilidad y calidad de la obra podía ser incluido desde la constitución misma de la garantía única de cumplimiento, esto es, dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión; sin embargo, en el evento de no elegirse esta opción, la referida garantía única de cumplimiento tendría que ser ampliada o extendida por el concesionario para incluir el amparo de estabilidad y calidad de la obra, "*... con no menos de treinta (30) Días de anticipación a la fecha en que deba comenzar la vigencia de este amparo*", vale decir, con treinta (30) días hábiles[445] de anticipación a la fecha de suscripción del Acta de Iniciación de la Etapa de Operación de cada uno de los trayectos del proyecto.

- Concluye la estipulación contractual estudiada señalando que, el concesionario incurrirá en un incumplimiento contractual en el evento en que no constituya el amparo de estabilidad y calidad de la obra en los precisos términos antes mencionados.

Fueron claras las condiciones definidas por la cláusula 31.1.3 en relación con el amparo de estabilidad y calidad de la obra, respecto de lo cual es importante ahondar en lo que tiene que ver con la oportunidad o el tiempo estipulado para la constitución de la garantía que cubriría dicho amparo. En este sentido –según se

[445] De conformidad con lo estipulado en la cláusula 1.15 del contrato de concesión No. GG-040-2004, "Siempre que en los documentos de la Licitación o del Contrato se haga referencia a "Días" o a "Días Hábiles" se entenderá como los comprendidos entre lunes y viernes incluidos, exceptuando los días en los cuales las dependencias del Estado no presten servicio al público en general en la República de Colombia. Sólo cuando los documentos de la Licitación y del Contrato se refieran a "Días Calendario" los plazos en días se contarán corridos, incluidos los no laborales".

dijo–, fueron contempladas dos posibilidades para que el concesionario diera cumplimiento a esta precisa obligación: de un lado, el amparo de estabilidad y calidad de la obra se podía incluir en la garantía única de cumplimiento que debía otorgarse al inicio de la concesión, pero, de otra parte, también era posible que dicha garantía de cumplimiento fuera ampliada con posterioridad en lo referente al amparo de estabilidad y calidad de la obra, para lo cual se estableció que dicha ampliación tenía que llevarse a cabo con mínimo treinta (30) días de anticipación a la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Operación de cada uno de los trayectos.

En este entendimiento, es preciso considerar que la mencionada Acta de Iniciación de la Etapa de Operación correspondía precisamente al momento en que se entregaban las obras ejecutadas por trayecto y se recibían las mismas a satisfacción por parte de la entidad pública contratante, aspecto que es consecuente con lo expuesto *supra* cuando se dijo que el inicio de la vigencia del amparo de estabilidad y calidad debía coincidir con el momento de la entrega y recibido de la obra contratada. Sobre este particular, la cláusula 1.2 del contrato de concesión No. GG-040-2004 define esta acta de inicio de operación, así:

> "*Actas de Iniciación de la Etapa de Operación*
>
> "*Son las actas que serán suscritas por el INCO y el Concesionario, para hacer constar la terminación de las Obras de Construcción y Rehabilitación en cada uno de los Trayectos del Proyecto y, en consecuencia, el inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento en cada uno de dichos Trayectos del Proyecto, para lo cual el Concesionario deberá realizar la entrega de las Obras de Construcción y Rehabilitación en las condiciones establecidas en los apéndices de este Contrato, en los plazos señalados en el numeral 9.4 de la CLÁUSULA 9.*" –Se subraya–

En este orden de ideas, al observar que el momento determinante para la constitución y vigencia del amparo de estabilidad y calidad de la obra correspondía a la entrega y al recibo de los trayectos del proyecto, es importante destacar que a través del Otrosí No. 19 de octubre de 2009 y Otrosí No. 22 de marzo de 2013, los contratantes convinieron en dividir a manera de subtrayectos[446] algunos de los trayectos[447] definidos en el contrato, dada la

[446] Cláusula 1.87 del contrato de concesión No. GG-040-2004, modificada por la cláusula primera del Otrosí No. 22 de 2013: "Subtrayecto(s) Cada uno de los sectores en que se han dividido los diferentes Trayectos del proyecto. Tiene como objetivo establecer un mecanismo para la liquidación de los pagos que debe hacer (sic) ANI al Concesionario, con ocasión del cumplimiento de las metas físicas previstas en la Cláusula 22 de este Contrato. En los demás aspectos se entenderá que se aplica lo preceptuado para el Trayecto a que corresponda."

necesidad de establecer un mecanismo que permitiera la liquidación de los pagos que debían realizarse por el cumplimiento de las metas físicas del contrato y así poder garantizar el flujo de recursos requeridos para el proyecto.

Esta acotación permite comprender por qué la pretensión *sub examine* se refiere a los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B y al trayecto 10, circunstancia que es relevante también en razón a que el juicio de cumplimiento que en este sentido adelantará el Tribunal, estará referido de manera puntual a los mencionados sectores de la vía.

Así las cosas, con la claridad que se desprende de la cláusula contractual antes transcrita, el Tribunal procederá a estudiar lo concerniente a cada uno de los subtrayectos y trayectos mencionados, a fin de establecer si frente a los mismos se constituyó o no en la oportunidad correspondiente, la garantía que refiere al amparo de estabilidad y calidad de la obra, teniendo en cuenta para ello que el concesionario debía cumplir a cabalidad con los distintos requerimientos efectuados en la cláusula 31.1.3, tal como lo ha señalado la doctrina especializada al manifestar que, "*... el particular contratante debe cumplir estrictamente sus obligaciones, con mayor rigurosidad que entre particulares, por estar comprometidos intereses públicos*"[448].

El amparo de estabilidad y calidad de la obra para los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B

De acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, mediante el Otrosí No. 22 de marzo de 2013, los contratantes precisaron los trayectos y subtrayectos en que estaba seccionada la vía correspondiente al proyecto Doble Calzada Bogotá – Girardot. Puntualmente, tratándose de los subtrayectos denominados 7A, 7C, 8A y 9B, se indicó que los mismos correspondían a los siguientes sectores:

- En cuanto al ***trayecto 7*** del proyecto, se advierte que el mismo corresponde al sector comprendido entre Fusagasugá y Chinauta. A su vez, el ***subtrayecto 7A*** refiere al sector comprendido entre el K57+100 hasta el K63+000, mientras que el ***subtrayecto 7C*** incluye el sector entre el K72+050 y el K75+350.

[447] Cláusula 1.74 del contrato de concesión No. GG-040-2004, modificada por la cláusula primera del Otrosí No. 22 de 2013: *"Trayecto(s) Cada uno de los sectores en que se han dividido las vías incluidas en el Proyecto, según se determina en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación."*
[448] SAYAGUÉS LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 8ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, pp. 560.

- Por su parte, el ***trayecto 8*** del proyecto concierne al tramo comprendido entre Chinauta y El Boquerón, en el cual está ubicado el ***subtrayecto 8A*** que atañe a la vía entre el K75+350 y el K78+400.

- Finalmente, el ***trayecto 9*** del proyecto corresponde al sector comprendido entre El Boquerón y Melgar. Allí está ubicado el ***subtrayecto 9B***, que refiere al sección contenida entre el K91+700 y el K96+000.

Conociendo el alcance de los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B, el Tribunal puede advertir de acuerdo con las pruebas del proceso que el Acta de Iniciación de Operación y Mantenimiento de estos precisos sectores, fue suscrita por los contratantes el treinta (30) de noviembre de 2009[449], circunstancia que implica que a partir de allí debía comenzar la vigencia del amparo correspondiente a la estabilidad y calidad de las obras ejecutadas en estos subtrayectos, pero, además, deja en evidencia que la garantía que cubriría dicho amparo tenía que haber sido constituida por el concesionario con treinta (30) días hábiles de anticipación a la mencionada fecha, es decir, antes del diecisiete (17) de octubre de 2009.

Sin embargo, a folio 346 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 17, reposa una comunicación remitida por la sociedad concesionaria con destino al INCO, fechada de veintiocho (28) de septiembre de 2010, identificada con radicado No. CAGB-IN-0611-10, a través de la cual fueron remitidas las pólizas correspondientes al amparo de estabilidad y calidad de las obras ejecutadas en los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B.

Como anexo a dicho comunicado, se allegó en ese momento el oficio emitido el veintisiete (27) de septiembre de 2010, por la compañía Seguros Generales Suramericana S.A., acompañado de las pólizas mencionadas, frente a lo cual se indicaba lo siguiente:

> *"Asunto: Contrato de Concesión No. BGG-040-2004, celbrado entre el Instituto Nacional de Concesiones y la Sociedad Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A. Pólizas de estabilidad Subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B*
>
> *"Respetados Señores,*
>
> *"De acuerdo con su solicitud y con el fin de continuar apoyándolos en su gestión, adjunto remitimos las pólizas de estabilidad para los subtrayectos*

[449] A este respecto se refiere la comunicación con radicado No. 01-5475-2010 de veintitrés (23) de septiembre de 2010. (Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 000155)

que entraron en operación el pasado 30 de noviembre de 2009 *de acuerdo con lo siguiente:*

SUBTRAYECTO	*PÓLIZA*
7ª	*520649*
7C	*520699*
8ª	*520701*
9B	*520702*

Estas puntuales consideraciones comprueban el evidente incumplimiento contractual en que incurrió la sociedad concesionaria en relación con la constitución de las garantías referentes al amparo de estabilidad y calidad para los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B. En efecto, si se tiene en cuenta que el Acta de Inicio de Operación de estos sectores fue suscrita por los contratantes el treinta (30) de noviembre de 2009 y que solo hasta el veintiocho (28) de septiembre de 2010, la contratista hizo entrega de las pólizas correspondientes, queda demostrado en estos términos el comportamiento incumplido de la concesionaria en lo referido a este aspecto específico, habida cuenta que entregó las mencionadas garantías casi un (1) año después de la fecha en que debió haberlas remitido al INCO para su revisión y aprobación (diecisiete (17) de octubre de 2009).

Es del todo injustificable esta forma de proceder de la sociedad concesionaria, más aún cuando antes de suscribirse la mencionada Acta de Inicio de Operación, se informó expresamente sobre la necesidad de contar con estas garantías para cumplir así lo estipulado en la cláusula 31.1.3 del contrato de concesión. De esto da cuenta el Acta de Recibo de las Obras correspondientes a los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B, de diecisiete (17) de noviembre de 2009[450], la cual fue firmada, incluso, por el representante legal del contratista, en conjunto con el Subgerente de Gestión Contractual del INCO y por el Director de la Interventoría, en la cual se instó al cumplimiento de dicha obligación en los siguientes términos:

> *"TERCERO:- Que por disposición contractual contenida en el parágrafo segundo de la cláusula segunda del Otrosí No. 19, y habiéndose dado las condiciones para la entrada en Operación y Mantenimiento de los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B, se fija como fecha de suscripción del Acta (sic) entrada en Operación y Mantenimiento de los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B el 30 de noviembre de 2009.*

[450] Cuaderno de Pruebas No. 67 – Folios 352 a 355.

"CUARTO:- Que por disposición contractual, el concesionario deberá ajustar y/o expedir nuevas garantías con ocasión de la entrada en operación de estos subtrayectos, requisito indispensable para la suscripción del acta de Operación y Mantenimiento de los mismos." –Subraya el Tribunal–

Aunado a lo anterior, previo a la firma del Acta de Inicio de Operación, la Interventoría remitió también a la contratista el oficio con radicado No. 01-6290-2009, de veintisiete (27) de septiembre de 2009[451], manifestando nuevamente a través suyo que, "*... instamos de manera conminatoria al Concesionario para que sin dilación alleguen las pólizas que con ocasión de la entrada en operación de los referidos subtrayectos se deban expedir*".

Este tipo de requerimientos no cesaron por parte de la Interventoría luego de suscribirse el Acta de Inicio de Operación, pues reposan en el expediente otros comunicados que dan cuenta que la sociedad concesionaria fue exhortada en distintas oportunidades para que cumpliera con la obligación en cuestión. Fue así como, en comunicación No. 01-3410-2010 de veintiuno (21) de junio de 2010[452], se dejó constancia que para esa fecha no se habían allegado aún las garantías correspondientes al amparo de estabilidad y calidad y, por ende, se solicitó a la contratista que enviara de inmediato las pólizas o documentos a que hubiera lugar para atender esta obligación contractual.

Está demostrado en estos términos que la sociedad concesionaria incumplió con la obligación estudiada, toda vez que no constituyeron ni entregaron oportunamente las pólizas o garantías referidas al amparo de estabilidad y calidad de la obra para los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B, las cuales debían otorgarse con anterioridad al diecisiete (17) de octubre de 2009, pero fueron constituidas y entregadas solo hasta el veintiocho (28) de septiembre de 2010, tiempo considerable durante el cual no estuvieron aseguradas las referidas obras, pese a que despúes se hubiere indicado en las pólizas correspondientes que el amparo tenía vigencia a partir del treinta (30) de noviembre de 2009[453].

A este respecto debe señalarse que si bien es cierto que las pólizas fueron constituidas o aportadas por la sociedad concesionaria, las cuales, incluso, se aprobaron al cumplir con los requisitos de vigencia y porcentaje asegurado –tal como se indicó en el Informe de Interventoría No. 23 de marzo de 2011[454]–, ello no exculpa ni atenúa el incumplimiento contractual de orden temporal que se ha evidenciado conforme a las consideraciones antedichas.

[451] Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 000169 y 000170.
[452] Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 000171.
[453] Cuaderno de Pruebas No. 17 – Folio 346.
[454] Cuaderno de Pruebas No. 7 – Folio 34 a 105.

El amparo de estabilidad y calidad de la obra para el trayecto 10

El ***trayecto 10*** del proyecto Doble Calzada Bogotá – Girardot corresponde al tramo de la vía comprendido entre Melgar y El Paso, de conformidad con lo estipulado al respecto en la cláusula primera del Otrosí No. 22 de marzo de 2013. En cuanto a este trayecto, reposa en el expediente copia del acta que da cuenta del inicio de su operación[455], la cual fue suscrita por la concesionaria y por la Interventoría, el dos (2) de abril de 2009.

Si bien el acta en mención ofrece certeza en cuanto a esta fecha en particular, el Tribunal considera importante considerar que en la misma se indica de manera expresa que, tratándose del trayecto 10, se tendría como fecha de Inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento, el veintiocho (28) de enero de 2009, habida cuenta que para esa fecha la Interventoría verificó e informó que se habían superado los inconvenientes de inestabilidad que se tenían en el sector denominado la "*Gran Curva*" y, además, porque pudo constatar "*... la entrega de los estudios de la Yucala y el Paso. Por tanto, aprobó las obras del Trayecto 10 por estar ejecutadas según lo especificado en el apéndice 2 del Contrato de Concesión No. GG-040-2004-08-09 y de acuerdo con los requisitos previstos por las partes en el Acta de acuerdo del 26 de agosto de 2008*".

Concretamente, se acordó en esta acta lo siguiente:

> "*PRIMERO.- Reconocer que el CONCESIONARIO cumplió las modificaciones establecidas en el Contrato de Concesión y las correspondientes modificaciones pactadas en el Acta del 26 de agosto de 2008 para recibir las obras del Trayecto 10.*
>
> "*SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, por disposición contractual (Cláusula 9.4.), desde la fecha siguiente al concepto rendido por la Interventoría (28 de enero de 2009), se inició la Etapa de Operación y Mantenimiento del Trayecto 10 (Melgar – El Paso), teniendo en cuenta para ello lo establecido en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento y en el Contrato No. GG-040 de 2004.*"

Sin perder de vista esta especial circunstancia, el Tribunal recuerda que en la cláusula 31.1.3 se contempló un parámetro específico para computar el tiempo en el cual debía entregarse la garantía o la póliza correspondiente al amparo de estabilidad y calidad de la obra, fijándose en este sentido que sería "*... a partir de la firma del Acta de Iniciación de la Operación para cada Trayecto*", de ahí

[455] Cuaderno de Pruebas No. 57 – Folios 342 a 344.

que deba tenerse en cuenta para el *sub judice* la fecha de dos (2) de abril de 2009, momento en el cual se suscribió el Acta de Inicio de Operación del trayecto 10.

Ahora bien, pese a estar demostrado en estos términos que –previo a la firma de esta acta de inicio– la sociedad concesionaria ya conocía de la aprobación de las obras del trayecto 10 y que solo restaba su puesta en operación, el Tribunal encuentra que solo vino a otorgar y a entregar las pólizas respectivas hasta el ocho (8) de julio de 2009[456], esto es, más de tres (3) meses después de la fecha en que se suscribió el Acta de Inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento concerniente al trayecto 10.

De lo anterior da cuenta la certificación de SEGUREXPO, con fecha de ocho (8) de julio de 2009[457], mediante la cual se aportó como anexo la garantía única de cumplimiento que se ampliaba o extendía al amparo de estabilidad y calidad de la obra para el trayecto 10. Se indicó en este documento lo siguiente:

> "*SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.*
> "*ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR*
>
> "*CERTIFICA*
>
> "*Que la garantía de Cumplimiento contenida en la Póliza 00016889 Certificado 00028492, cuyo afianzado es CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT S.A., expedida por la Compañía en Julio 8 de 2009, no expirará por falta de pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella o por revocación unilateral por parte del tomador o de la compañía.*" –Se subraya–

Estas razones demuestran de forma evidente que la sociedad concesionaria tampoco cumplió en tiempo con la obligación que le asistía en materia de garantías de estabilidad y calidad de la obra para el trayecto 10, toda vez que, el deber que en este sentido estipulaba la cláusula 31.1.3, consistía en que la garantía o la póliza que cubriera el amparo de estabilidad y calidad de la obra tenía que otorgarse y entregarse con un mínimo de treinta (30) días de antelación la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Operación del trayecto respectivo.

Advirtiendo el claro incumplimiento en que estaba incurriendo la sociedad concesionaria por esta precisa circunstancia, la Interventoría le remitió distintas

[456] De esto da cuenta la comunicación de la Interventoría fechada el veintiuno (21) de septiembre de 2010, identificada con radicado No. 01-5414-2010 (Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 99 a 104)
[457] Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 000577 y siguientes.

comunicaciones mediante las cuales la instaba a constituir y entregar las mencionadas pólizas. Así lo hizo mediante oficio No. 01-2406-2009 de diecinueve (19) de mayo de 2009[458] y a través de la comunicación No. 01-3181-2009 de primero (1º) de julio de 2009[459], oportunidades en las cuales señaló expresamente que para tales fechas no se habían otorgado las garantías por estabilidad y calidad de las obras para el trayecto 10.

Es imperioso de esta manera concluir que para el caso del trayecto 10, la sociedad convocante también incumplió con su obligación contractual de constituir y entregar oportunamente las pólizas o garantías correspondientes al amparo de estabilidad y calidad en lo referente a este preciso sector de la vía.

Las consideraciones expuestas dan cuenta que la sociedad concesionaria incumplió con la obligación estipulada en la cláusula 31.1.3, en lo que tiene que ver con la oportunidad o el tiempo en que debían constituirse las pólizas o garantías relacionadas con el amparo de estabilidad y calidad de las obras ejecutadas en los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B y en el trayecto 10.

Teniendo en cuenta lo anterior, es relevante insistir en este punto que el contratista tiene el deber de cumplir en debida forma las distintas obligaciones que le corresponden en el marco de la relación contractual, carga que por supuesto implica también que dichas prestaciones u obligaciones deban ser ejecutadas o satisfechas en las oportunidades o tiempos que expresamente se estipulan para cada caso en particular. En palabras del Profesor ESCOLA, se tiene lo siguiente:

> "*Si el cumplimiento en término de sus obligaciones contractuales es un requisito esencial que el cocontratante particular debe observar y que puede ser rigurosamente exigido,* ***el incumplimiento de los plazos fijados constituirá una falta contractual imputable a aquél***." [460] –Destaca el Tribunal–

En este entendimiento, debe concluirse que por más que la sociedad concesionaria hubiera constituido las pólizas que amparaban o aseguraban la calidad y estabilidad de las obras correspondientes a los subtrayecto 7A, 7C, 8A y 9B y en el trayecto 10, no lo hizo en la oportunidad estipulada contractualmente para ello, dejando pasar incluso un tiempo considerable o extenso para atender esta precisa obligación, comportamiento del todo injustificado que da lugar a que en el presente caso se configure un evidente

[458] Cuaderno de Pruebas No. 5 – Folio 108.
[459] Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 000182.
[460] ESCOLA, Héctor Jorge: Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Vol. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 429.

incumplimiento de orden contractual que no fue desvirtuado por la parte convocante.

Sobre el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere las comunicaciones enlistadas en la pretensión 1 declarativa consecuencial

En relación con la constitución de las garantías referentes al amparo de estabilidad y calidad para los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B y el trayecto 10, la parte convocante enlistó en la pretensión 1 declarativa consecuencial siete (7) comunicaciones expedidas por la Interventoría, solicitando al respecto que se declarara que la sociedad concesionaria sí había cumplido con las obligaciones a las cuales se referían dichos oficios.

Al dar lectura a las mencionadas comunicaciones, el Tribunal encuentra que cinco (5) de ellas refieren o conciernen a los requerimientos que en su momento efectuó la Interventoría para que la sociedad concesionaria constituyera las garantías de estabilidad y calidad de los sectores de la vía antes mencionados. Igualmente, se advierte que las dos (2) restantes corresponden a los oficios mediante los cuales se aplicaron sendas disminuciones a la remuneración por el incumplimiento de esta precisa obligación.

Así las cosas, sin que se realice juicio alguno sobre la aplicación de las mencionadas disminuciones a la remuneración, el Tribunal procederá a estudiar cada una de estas comunicaciones a efectos de establecer si las obligaciones a que éstas se refieren fueron o no cumplidas por el contratista:

1. ***Comunicaciones Concol de 10 de mayo de 2009 01-2406-2009 y Concol de 1 de julio de 2009 01-3181-2009***

En estas misivas se instó a la sociedad concesionaria para que allegara la ampliación de la garantía única o las nuevas pólizas concernientes a la estabilidad y calidad de las obras ejecutadas en el trayecto 10, en consideración a que el Acta de Inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento del este sector se había suscrito desde el dos (2) de abril de 2009.

Sin embargo, quedó demostrado que la sociedad concesionaria aportó extemporáneamente dichas garantías el ocho (8) de julio de 2009, incumpliendo así con la mencionada obligación contractual.

2. ***Comunicación Concol de 6 de agosto de 2009 01-4026-2009***

La comunicación 01-4026-2009 refiere a un análisis realizado por la Interventoría en cuanto al contenido de la Póliza No. 00016889 presentada por la concesionaria el ocho (8) de julio de 2009, con el fin de asegurar la estabilidad y calidad de las obras correspondientes al trayecto 10.

A este respecto, el Informe de Interventoría No. 23 de marzo de 2011[461], da cuenta que la mencionada póliza fue aprobada el seis (6) de mayo de 2010. Sin embargo –como ya se dijo–, el hecho de que la contratista hubiere constituido y aportado la garantía referente a la estabilidad y calidad del trayecto 10, y que la misma incluso hubiese sido aprobada, no exculpaba ni justificaba el incumplimiento de orden temporal en que se incurrió al no otorgarse esta póliza en el tiempo previsto por el contrato, tal como se expuso en párrafos anteriores.

3. Comunicación Concol de 21 de septiembre de 2010 01-5414-2010

Mediante esta comunicación expedida por la Interventoría, se dio inicio al procedimiento de aplicación de una disminución a la remuneración por no haberse constituido en el tiempo contractualmente estipulado, la garantía o la póliza concerniente al amparo de estabilidad y calidad de la obra para el trayecto 10.

Sin que esta manifestación implique la realización de un juicio en lo que tiene que ver con la imposición de dicha disminución, el Tribunal debe reiterar que está demostrado en el proceso que la sociedad concesionaria sí incumplió con esta precisa obligación, razón por la cual no le asiste la razón a la parte convocante cuando adujo en su demanda reformada que había cumplido con este preciso deber.

4. Comunicaciones Concol de 21 de junio de 2010 01-3410-2010 y Concol de 27 de noviembre de 2010 01-6290-20090

A través de estas comunicaciones, la Interventoría del contrato manifestó que la sociedad concesionaria no había aportado aún las garantías de estabilidad y calidad de la obra para los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B, razón por la cual se exhortó al contratista para que cumpliera con la obligación correspondiente.

Quedó probado en este sentido que la parte convocante sí incumplió con su obligación de otorgar y entregar oportunamente la ampliación de la garantía única de cumplimiento o la expedición de la respectiva póliza que asegurara el amparo de estabilidad y calidad de las obras ejecutadas en estos subtrayectos,

[461] Cuaderno de Pruebas No. 7 – Folios 34 a 104.

de ahí que la pretensión de cumplimiento que sobre este aspecto formuló la contratista no tiene mérito de prosperidad.

5. Comunicación Concol de 23 de septiembre de 2011 01-5475-2010

Finalmente, tratándose de la comunicación No. 01-5475-2010, se advierte que mediante la misma se dio inicio al procedimiento para la aplicación de una disminución a la remuneración por no haberse constituido y entregado en la oportunidad prevista la póliza de estabilidad y calidad de las obras correspondientes a los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B.

Como se dijo anteriormente, sin que estas consideraciones impliquen un juicio sobre la aplicación de dicha disminución, el Tribunal debe señalar que en el proceso está demostrado que la sociedad concesionaria incumplió con esta precisa obligación contractual, habida cuenta que debía otorgar la mencionada garantía antes del diecisiete (17) de octubre de 2009 y fue solo hasta el veintiocho (28) de septiembre de 2010, esto es, casi un (1) año después que se constituyó e hizo entrega de las respectivas pólizas.

Ha quedado probado en el plenario el comportamiento incumplido de la sociedad concesionaria en lo concerniente a la oportunidad en que debían ser constituidas y entregadas para su aprobación las garantías o pólizas correspondientes al amparo de estabilidad y calidad de las obras que se ejecutaron en los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B y en el trayecto 10.

Por lo anterior, el Tribunal tendrá por demostrada la excepción 6 de mérito formulada por la entidad pública convocada en su numeral *v)*. Así mismo, se negará la pretensión 14 declarativa formulada en la demanda arbitral reformada, al demostrarse en el caso concreto que la contratista no cumplió oportunamente con la obligación estipulada en la cláusula 31.1.3 del contrato de concesión, en lo relacionado con la efectiva constitución de las garantías de estabilidad y calidad de los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B y en el trayecto 10.

Por las mismas razones, se negará también la pretensión 1 declarativa consecuencial propuesta por la sociedad convocante, en lo que refiere a las comunicaciones relacionadas con la constitución de las garantías de estabilidad y calidad de las obras correspondientes a los subtrayectos 7A, 7C, 8A y 9B y en el trayecto 10 (Comunicaciones: "*14. Concol 10 de mayo de 2009 01-2406-2009; 15. Concol 1 de julio de 2009 01-3181-2009; 16. Concol 6 de agosto de 2009 01-4026-2009; 17. Concol 27 de Septiembre de 2009. 01-6290-2009; 18. Concol 21 de junio de 2010 01-3410-2010; 19. Concol 21 de septiembre de 2010 01-5414-2010 y 20. Concol 23 de septiembre de 2010 01-5475-2010*").

13. LOS FACTORES MACROECONÓMICOS TENIDOS EN CUENTA PARA LA CELEBRACIÓN DEL OTROSÍ NO. 8

El marco de la controversia

En la demanda de reconvención reformada, la entidad pública contratante formuló las pretensiones trigésima quinta y trigésima sexta principales, solicitando sendas declaraciones relacionadas con la tasa interna de retorno y con la inflación que se tuvieron en cuenta al celebrar el Otrosí No. 8, así como un eventual rompimiento del equilibrio económico del contrato, en los siguientes términos:

> *"TRIGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL. Que se declare los (sic) que la tasa interna de retorno y la inflación tenidas en cuenta al momento de celebrar el Otrosí No. 15 con el que se pagaron las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, generaron un beneficio injustificado para la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.*
>
> *"TRIGÉSIMA SEXTA PRINCIPAL. Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal establezca una fórmula para restablecer el equilibrio del Contrato de Concesión No. GG-040-2004."*

La posición de la entidad pública demandante en reconvención

En los hechos de la demanda de reconvención reformada se indicó que, a través del Otrosí No. 8 de veintiséis (26) de octubre de 2005, las partes adicionaron unas obras para los trayectos 1 y 11 y acordaron igualmente ampliar el alcance físico del proyecto con la construcción y operación del denominado trayecto 12. En esa oportunidad se estimó que tales obras adicionales tendrían un valor de $164.000'000.000 de agosto de 2005.

Según el apoderado de la entidad, dicha circunstancia significó el aumento del ingreso esperado de la concesionaria de $882.000'000.000 a $2.953.728'000.000.

No obstante lo anterior, mediante la suscripción del Otrosí No. 15 de veintiuno (21) de diciembre de 2007, la contratante pre-pagó las obras que se pactaron en el Otrosí No. 8, cancelando por tal concepto a la concesionaria la suma de $199.930'821.496 de diciembre de 2007, con recursos del Presupuesto General de la Nación.

Se aduce a este respecto que tales circunstancias han afectado la economía del contrato, toda vez que, "*[l]a inflación considerada al momento de calcular el valor del prepago efectuado al Concesionario para remunerar las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8 del 20 de septiembre de 2005, fue mucho mayor al comportamiento que dicho índice realmente ha venido presentando*".

Aunado a lo anterior, en los hechos de la demanda se hizo mención del *Informe Final de Auditoría* rendido por la Contraloría General de la República el veintidós (22) de diciembre de 2010, con radicado No. 2010-409-030329-2, del cual se citó el siguiente aparte relacionado con el pago que se efectuó mediante el Otrosí No. 15:

> "*Se presenta un presunto detrimento patrimonial de $7.516 millones, generado en el momento de reconocerle al concesionario una inflación del 7% y una TIR del 11% en el pago de las obras adicionales y una inflación del 7% en el pago de los costos de mantenimiento y operación del tramo 12 [sic], según se describe a continuación:*
>
> *"Se presenta diferencia a favor del Estado entre el valor pagado por el INCO al concesionario, debido que para su cálculo se reconoce una inflación del 7%, cifra superior a la real causada entre julio de 2005 y 2007, así mismo, se pagó a una tasa de oportunidad superior pactada en el contrato para las obras ejecutadas a esa fecha, tasa del 11% real cuyo equivalente es del 18,77 corriente, eso nos arroja una diferencia del [sic] $7.485 millones de 2007. (...)*
>
> *"De otro lado, en el cálculo de los costos de operación y mantenimiento desde noviembre de 2005 y diciembre de 2007, si aplicamos la inflación real frente a la proyectada del 7% se presenta una diferencia de $31 millones."*

Finalmente, se indica sobre este particular que los factores macroeconómicos tenidos en cuenta para la celebración del Otrosí No. 15 se establecieron bajo el supuesto de que las obras del Otrosí No. 8 se ejecutarían oportunamente, condición que no se cumplió y que, en consecuencia, dio lugar al reconocimiento de un beneficio adicional e indebido que debe ser compensado a la entidad pública contratante.

La posición de la parte demandada en reconvención

La sociedad concesionaria no contestó oportunamente la demanda de reconvención reformada, circunstancia que fue declarada en su momento por el Tribunal, razón por la cual, es preciso considerar que los argumentos expuestos en dicho escrito no pueden ser tenidos en cuenta en esta etapa del proceso, precisando al respecto que tampoco podrá adoptarse decisión alguna sobre las

eventuales excepciones de mérito que allí se hubieren formulado en cuanto a los pedimentos procesales antes citados.

El Índice de Precios al Consumidor y la Tasa Interna de Retorno contemplados en la modulación financiera del Otrosí No. 8 y en los pagos efectuados mediante el Otrosí No. 15

Las pretensiones así formuladas por la entidad pública demandan del Tribunal la realización de un juicio tendiente a establecer si a favor de la sociedad concesionaria hubo o no un beneficio injustificado en razón a que, en los pagos que se efectuaron mediante el Otrosí No. 15, para cubrir las obras adicionales pactadas en el Otrosí No. 8, se reconoció una inflación equivalente al IPC del 7% que era superior al índice real para el periodo comprendido entre julio de 2005 y diciembre de 2007, así como una TIR del 11% real (18% en precios corrientes) que era superior a la pactada en el contrato para las obras ejecutadas a esa fecha.

Para tal efecto, el Tribunal se referirá a las condiciones que sobre este particular se pactaron en el Otrosí No. 8, estudiando después el contenido y alcance de lo estipulado en este sentido por el Otrosí No. 15, para determinar en definitiva con fundamento en las pruebas del proceso si prosperan o no las pretensiones de la demandante en reconvención.

Las variables de la TIR y del IPC contempladas en el esquema financiero del Otrosí No. 8

Con el objeto de ejecutar una serie de obras adicionales y complementarias al proyecto vial Bosa-Granada-Girardot y atendiendo para tal efecto la voluntad del Gobierno Nacional, las partes contratantes celebraron el Otrosí No. 8 de veintiséis (26) de octubre de 2005, mediante el cual se amplió el alcance del contrato de concesión No. GG-040-2004, con la estipulación de las siguientes obras:

- Para el Trayecto 1, correspondiente al sector comprendido entre Bosa y Soacha, se acordó "*No retirar el Trayecto de la Concesión una vez se acometan las obras del SITM*" y construir las calzadas de tráfico mixto exteriores, incluyendo las intersecciones a nivel de la vía proyectada. Así mismo, se convino que a futuro se modificarían las intersecciones a nivel por intersecciones a desnivel y se construirían las obras del SITM, siempre y cuando se dispusiera de los recursos necesarios para tal fin.

- Para el Trayecto 11, comprendido entre El Paso y San Rafael, se ampliaría a doble calzada la vía correspondiente a este sector del corredor, incluyendo la construcción de los puentes sobre los ríos Magdalena y Sumapaz.

- Para el Trayecto 12, cuya construcción no se contemplaba inicialmente en las condiciones básicas del contrato, se adelantarían obras para complementar la vía actual a fin de cumplir con los estándares de diseño definidos por la Ley 105 de 1994 y se construiría una ciclo ruta sobre el margen izquierdo de la vía en el sentido Bogotá Girardot, en el sector comprendido entre El Paso y el Puente sobre el río Bogotá.

  Aunado a lo anterior, se rehabilitaría la vía existente entre el Puente sobre el río Bogotá y el Puente Ospina Pérez sobre el río Magdalena, incluyendo una ciclo ruta a lo largo de todo el trayecto.

- Como obras complementarias se llevaría a cabo la construcción de unos puentes peatonales y de unos pasos deprimidos para evitar riesgos de accidente.

En la cláusula segunda del documento modificatorio *sub examine* se estimó que la inversión de las obras en mención tendría un valor de $164.000'000.000 de agosto de 2005, incluido IVA. A su vez, se reiteró que las obras a que se referían los numerales 12 a 22 de la cláusula primera, en donde se identificaban con precisión las actividades constructivas a ejecutarse en los trayectos antes indicados, quedaban sujetas a la disponibilidad de los recursos necesarios para tal efecto, los cuales se estimaban en un monto aproximado de $106.000'000.000.

Por su parte, en cuanto al ingreso esperado para el proyecto, la cuantía del mismo fue modificada a través de la cláusula décima del precitado Otrosí, acordándose que el mismo correspondería a *$2.953.728.000.000* de diciembre de 2002, así:

> *"CLÁUSULA DÉCIMA.- Modificar el inciso primero de la Cláusula Décimo Sexta (16) del Contrato de Concesión relativa al Ingreso Esperado, el cual será del siguiente tenor:*
>
> *'El Ingreso Esperado es la suma propuesta por el Concesionario como remuneración para cumplir el objeto del presente Contrato, suma equivalente a DOS BILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 2002 (COL$2.953.728.000.000), de acuerdo con su Propuesta. Para verificar*

la obtención del Ingreso Esperado se comparará éste con el Ingreso Generado, el cual se contabilizará así:'

"PARÁGRAFO.- El Gobierno Nacional, antes del inicio de las obras materia de la presente modificación, podrá destinar recursos del Presupuesto General de la Nación para el pago de las mismas, caso en el cual las partes revisarán el valor del Ingreso Esperado y el Término de Ejecución del Contrato de Concesión.

"Los recursos que la Nación llegare a obtener y previo cumplimiento de los requisitos señalados en el numeral 4.2. de la cláusula cuarta del contrato de concesión, se destinarán en primera instancia, a la financiación de las obras de adecuación al Sistema de Transporte Masivo (SITM)." –Subraya del Tribunal–

Fueron estas las condiciones generales convenidas en el marco del Otrosí No. 8, de lo cual vale destacar la posibilidad que expresamente se contempló en el citado parágrafo para que pudieran destinarse recursos del Presupuesto General de la Nación, con el objeto de pagar anticipadamente las obras adicionales y complementarias que se habían acordado en dicho documento modificatorio.

En otro lado, las partes pactaron también que a efectos de garantizar la obtención del nuevo monto que se reconocía por ingreso esperado, el plazo de la concesión sería de treinta (30) años (cláusula sexta del otrosí)[462], ampliándose de esta forma el término contemplado originalmente que era de dieciséis (16) años.

Ahora bien, en lo que atañe a las variables económicas que se tuvieron en cuenta para definir las condiciones financieras del Otrosí No. 8 y, de manera particular, lo referente al porcentaje de inflación (IPC[463]) contemplado para actualizar el valor de las inversiones, así como a la TIR[464] definida por la

[462] Otrosí No. 8, cláusula sexta: *"Modificar la Cláusula Quinta (5) del Contrato de concesión relativa al Término de Ejecución, la cual será del siguiente tenor:*
'CLÁUSULA 5. TÉRMINO DE EJECUCIÓN
'El término de ejecución del presente Contrato se ha estimado en treinta (30) años contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución. La ejecución del Contrato estará dividida en tres etapas, tal y como se describe en la CLÁUSULA 7 de este Contrato. (...)"

[463] Definiendo el IPC, el perito financiero señaló que, *"[d]e acuerdo a la definición provista por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), el Índice de Precios al Consumidor (IPC) es: '... un instrumento estadístico que permite medir la evolución a través del tiempo, de los precios de un conjunto de bienes y servicios representativo del consumo final de los hogares del país, relacionando siempre el precio del mes actual con respecto al mes anterior'".* (Página 125 del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Financiero rendido por Equity)

[464] Definiendo la TIR, el perito financiero señaló que, *"... la Tasa Interna de Retorno (TIR) se define como la tasa de descuento que hace que la suma de los valores presentes de los egresos, concibiéndose como la tasa de rentabilidad del proyecto. Así pues, si se utiliza como criterio de evaluación la TIR, se acepta el*

ejecución de tales obras, es preciso acudir en primer lugar a lo propuesto en este sentido por la sociedad concesionaria, quien mediante comunicación No. GF-IN0375-05 de quince (15) de septiembre de 2005[465], señaló:

> *"De acuerdo con la solicitud hecha a través del oficio de la referencia, a continuación exponemos los lineamientos generales que sustentan nuestra propuesta.*
>
> *"1. Nuestra modelación financiera involucra los siguientes parámetros:*
>
> *"a. Dada las condiciones aprobadas por los acreedores del proyecto, las inversiones adicionales solo se podrán realizar después del año quinto de la etapa de construcción las cuales además, deberán ser vía equity.*
> *"b. De acuerdo con el literal anterior, el valor de las inversiones se calcula en pesos de 2005 y luego se indexa con IPC anual del 7%, hasta el momento en el que se ejecutan.*
> *"c. La Tasa Interna de Retorno utilizada a lo largo de toda la modelación es del 18%.*
> *"d. Las inversiones se harán a partir del año sexto de la etapa de construcción, fecha a partir de la cual se inicia el reconocimiento del rendimiento financiero de estas, aunque el flujo de caja libre para cubrir estos rendimientos solo estará disponible hasta cuando se terminen las condiciones de subordinamiento de acuerdo con las condiciones de los acreedores del proyecto. (...)*
>
> *"6. De acuerdo con toda la información anterior la ingeniería financiera da como resultado adicional un ingreso esperado adicional de DOS BILLONES DOSCIENTOS TRES MIL MILLONES DE PESOS ($2.203.000.000.000) (sic) de Diciembre de 2002. Para un ingreso esperado total de TRES BILLONES OCHENTA Y CINCO MIL MILLONES DE PESOS ($3.085.000.000.000) de Diciembre de 2002."* –Subraya del Tribunal–

Tomando en cuenta los términos de la propuesta así formulada por la sociedad concesionaria, la Interventoría del contrato emitió su respectivo concepto mediante documento anexo a la comunicación No. 2000-BGG-005-443, de veinte (20) de septiembre de 2005[466]. El mencionado anexo contiene un capítulo denominado "*concepto financiero adición contrato de concesión*"[467], en donde la firma interventora expuso sus recomendaciones en materia económica manifestando de manera general su acuerdo frente a lo propuesto por la

proyecto cuando la TIR es superior a la tasa mínima requerida del inversionista para participar en éste." (Página 106 del Informe Inicial contentivo del Dictamen Pericial Financiero rendido por Equity)
[465] Cuaderno de Pruebas No. 11 – Folios 246 a 249.
[466] Archivos Magnéticos, F 372. 2-2014-039899, Carpeta 6737 T1 – Folio 31.
[467] Cuaderno de Pruebas No. 58 – Folios 110 y 111.

contratista, pero precisando un valor menor al sugerido como ingreso esperado, en los siguientes términos:

"- Toda vez que el contrato de concesión estableció una asignación de riesgos inicial, con el fin de mantener dichas condiciones, el Concesionario solicitó el reconocimiento sobre los aportes de capital requeridos para la ejecución de las obras desde el año de finalización de la etapa de construcción, hasta el término de la etapa de operación. Este supuesto implica que, bajo una adecuada estructura financiera de recursos de deuda y capital, el proyecto no debe contar con capacidad financiera remanente para la obtención de recursos de deuda adicional. Por lo tanto, en caso de no existir aportes de la Nación u otro mecanismo de financiación, pese al alto costo financiero que esta alternativa implica, y al no contar el Estado con recursos adicionales disponibles ni otras alternativas de financiación, pero ante la necesidad de ejecutar las obras previstas en la adición, se considera procedente el cálculo del retorno de la inversión a partir de la cesión de derechos de recaudo del (sic) peajes desde la finalización inicial de la concesión, es decir 16 años a partir del inicio de ejecución del contrato.

*"- **La tasa de retorno solicitada por el Concesionario del 18%, expresada en pesos corrientes, se considera adecuada de acuerdo con las condiciones actuales del mercado y la experiencia del INCO en actuales estructuraciones para nuevos proyectos de concesión**. (...)*

"- Se asume que el valor de las obras adicionales a realizar asciende a la suma de $164,000 millones de pesos de 2005.

"- El valor de estas obras en agosto de 2011, fecha de ejecución real de la inversión asciende a la suma de $246,120 millones.

"- El monto final de las obras en agosto de 2021, fecha esperada de finalización de la concesión y en la cual es posible iniciar el retorno de la inversión al Concesionario con una TIR del 18%, asciende a la suma de $1,288,150 mil millones.

"- Como consecuencia se requiere un ingreso esperado de DOS BILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES de pesos ($2,953,728,000,000,000) de diciembre de 2002, para un término de ejecución estimado de 38 años contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución.

"De acuerdo con lo anteriormente expuesto, nos permitimos recomendarle lo siguiente:

"- Adicionar el valor del ingreso esperado del contrato de concesión en DOS BILLONES SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES

DE PESOS de 2002 ($2,071,728,000,000,000) y no en la suma propuesta por el Concesionario de DOS BILLONES DOSCIENTOS TRES MIL MILLONES DE PESOS de diciembre de 2002 ($2,203,000,000,000,000).

"- Ampliar el plazo estimado de la etapa de construcción en dos años.

"- Ampliar el plazo estimado de ejecución del contrato en 21.3 años a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución.

"- Dado el alto costo financiero generado por el retorno de capital del Concesionario, se recomienda para disminuir el alto costo financiero de esta opción, ***buscar otras alternativas de financiación para realizar en un futuro Aportes de la Nación al proyecto y disminuir el costo financiero actual****."* –Destaca el Tribunal–

Son varias e importantes las consideraciones ha resaltar de lo señalado por la Interventoría en el concepto transcrito, en el cual se advierte la preocupación por buscar alternativas de financiación distintas a la extensión del plazo y al incremento del ingreso esperado, debido al alto costo financiero que esta precisa circunstancia generaba para el proyecto, siendo este precisamente el fundamento del parágrafo de la cláusula décima que a la postre fue contemplado en el Otrosí No. 8, según la cual, la entidad pública podía destinar recursos del Presupuesto General de la Nación para el pago de las obras pactadas en el mismo.

Así mismo, debe destacarse la recomendación tendiente a disminuir el monto del ingreso esperado que había sido propuesto por la sociedad concesionaria, circunstancia que también se tuvo en cuenta y se materializó en la cláusula décima del referido otrosí, donde se acordó como ingreso esperado el valor de $2.953.728.000.000.

Finalmente, en lo que interesa al objeto del presente acápite, se observa que la Interventoría manifestó expresamente su visto bueno en relación con las variables financieras planteadas por la concesionaria, en particular, con la tasa interna de retorno del 18% en pesos corrientes. En este sentido se indicó por parte del consorcio interventor que este porcentaje era adecuado en consideración a las condiciones del mercado para ese momento y a la experiencia del INCO en la estructuración de los nuevos proyectos de concesión.

En cuanto al factor de indexación o a la estimación de la inflación tenida en cuenta para el Otrosí No. 8, aspecto frente al cual la concesionaria propuso un IPC del 7% anual –según quedó visto–, el Tribunal advierte que si bien la Interventoría no se pronunció sobre este específico asunto en el concepto

aludido anteriormente, las conclusiones contenidas en el dictamen pericial rendido por la firma Equity permiten constatar que fue este el factor que se acogió y se aplicó al modular el esquema de los costos de operación y mantenimiento correspondientes a las obras adicionales y complementarias que se pactaron en el Otrosí No. 8[468].

Puede concluirse, entonces, que a fin de establecer las condiciones financieras del Otrosí No. 8, se consideró por los contratantes en el marco de dicho documento modificatorio una TIR del 18% en pesos corrientes y un factor inflacionario del 7% anual.

Las TIR y del IPC tenidos en cuenta por el Otrosí No. 15 al efectuar el pago de las obras pactadas en el Otrosí No. 8

Aduciendo como sustento contractual lo estipulado en el parágrafo de la cláusula décima del Otrosí No. 8, donde se pactó la posibilidad de destinar recursos del Presupuesto General de la Nación para el pago de las obras adicionales y complementarias convenidas en dicho documento modificatorio, el Consejo Directivo del INCO, en sesión del veinticuatro (24) de marzo de 2007[469], dio instrucciones al Gerente General de la entidad "*... de priorizar las apropiaciones contenidas en el presupuesto de la vigencia fiscal 2007, con el objeto de determinar la posibilidad de atender el pago en dicha vigencia, de las obligaciones derivadas de la firma del Otrosí No. 8*".

Fue así como, tras calcular el valor de las obras y de las actividades de operación y mantenimiento que la sociedad concesionaria ya había ejecutado en cumplimiento del Otrosí N. 8, los contratantes convinieron en celebrar el Otrosí No. 15 de veintiuno (21) de diciembre de 2007, cuyo objeto consistió en definir las condiciones para realizar el pago de la suma de $199.930'821.496, "*... por concepto de las obras contempladas y descritas en la cláusula primera del otrosí No. 8, incluido el costo de mantenimiento y operación de las obras adicionales causado desde Noviembre de 2006 hasta la fecha, tal y como se discrimina en el Anexo No. 1 del presente otrosí*" (cláusula primera, Otrosí No. 15).

El referido monto fue explicado en el Anexo No. 1 del Otrosí No. 15[470], en donde se indicaron de manera precisa los conceptos que componían los $199.930'821.496, así:

[468] Página 33 del Informe Inicial correspondiente al Dictamen Pericial Financiero de Equity.
[469] Véase en este sentido: Comunicación de dos (2) de agosto de 2007 (Cuaderno de Pruebas No. 94 – Folio 92 y Vto.) y documento que reposa a folio 315 del Cuaderno de Pruebas No. 37.
[470] Cuaderno de Pruebas No. 35 – Folio 585.

"3. Valor Total a reconocer al Cocesionario por Valor de Prepago de los costos directos de obra y los costos de operación y mantenimiento a 31 de Diciembre de 2007.

Costos Directos de Obra (reconocidos a la TIR del 11%)	*$194.558.764.684,00*
Costos de Operación y Mantenimiento T 12 2005 - 2007-12-04	*$ 5.372.056.812,00*
Total a Pagar	*$199.930.821.496,00*

"4. Valoración de los Costos de Mantenimiento y Operación causados por las obras adicionales de los trayectos 1 y 2, 11 y 12, desde el año 2008 hasta el año 2012." –Se subraya–

Junto al mencionado valor, el cual se pagaría mediante un único desembolso (parágrafo 1, cláusula primera), se estipuló también en la cláusula segunda del citado otrosí que a efectos de retribuir a la contratista un valor por la operación y mantenimiento de las referidas obras durante el plazo original de la concesión, se reconocería a favor suyo un precio de $421.854'651.156, el cual se pagaría con el incremento del ingreso esperado[471]. Vale destacar a este respecto que, con ocasión del pago de las obras del Otrosí No. 8 al que se aludió en los párrafos anteriores, el ingreso esperado que se había incrementado a la suma de $2.953.728.000.000, fue reducido nuevamente y se fijó en un monto de $1.202.676.638.225, incluyendo los $421.854'651.156 reconocidos por la cláusula segunda.

Este último valor a que refiere el Otrosí No. 15 fue también objeto de análisis en el Anexo No. 1[472], en el cual se determinó que por concepto de la operación y del mantenimiento de las obras adicionales por el plazo de la concesión, habría lugar a retribuir a la concesionaria una suma de $421.854'651.156, en los siguientes términos:

"Bajo el supuesto financiero utilizado en el modelo financiero del otrosí No. 8, es decir, que las obras de operación y mantenimiento adicionales se empezarán a pagar a partir del año 2021 para mantener el equilibrio económico del contrato, se obtienen los siguientes resultados:

[471] Cláusula segunda, Otrosí No. 15: *"El valor a retribuir al CONCESIONARIO por la operación y mantenimiento de dichas obras durante el plazo original de la concesión, asciende a la suma de $421.854.651.156.oo que será sufragada con un incremento en el ingreso esperado del contrato, hasta por la suma de "1.202.676.638.225.oo (Ver anexo 1 del presente otrosí)".*
[472] Cuaderno de Pruebas No. 35 – Folio 584.

> *"El valor de los costos de operación y mantenimiento adicionales (flujo anteriormente presentado) a empezar a pagar en el año 2021 (año 17 del proyecto) es de $421,854,651,156 pesos,* ***reconocidos al costo de oportunidad pactado (18.00%)****.*
>
> *"Realizando los cálculos bajo los mismos supuestos del modelo financiero pactado en el otrosí no. 8, los costos de operación y mantenimiento adicionales en que incurre el concesionario se cubren con un plazo adicional de 3.9 años hasta obtener un ingreso esperado de $1,202,676,683,225 de pesos constantes del año 2002 (****inflación: 7%****)."* –Negrita y subraya del Tribunal–

Son importantes para el caso concreto las razones expuestas en el citado Anexo No. 1, toda vez que allí se indica explícitamente que para efectos de realizar los reconocimientos económicos contemplados en el Otrosí No. 15, se tuvo en cuenta el modelo financiero pactado en el Otrosí No. 8, circunstancia que da lugar a considerar que el cálculo de los mencionados valores que fueron definidos para retribuir el costo de las obras adicionales, así como la operación y mantenimiento de las mismas, se efectuó tomando como base una TIR del 18% expresada en pesos corrientes (TIR del 11% si se calcula a precios constantes[473]) y un IPC del 7%, dando aplicación de esta forma a lo definido al respecto en el Otrosí No. 8, según se precisó en el acápite anterior.

En efecto, las consideraciones expuestas dan lugar a concluir que, tal como se expuso en los hechos de la demanda de reconvención reformada, los pagos y reconocimientos económicos que se efectuaron a través del Otrosí No. 15, fueron calculados con fundamento en el esquema financiero que se había determinado al negociar y convenir las condiciones del Otrosí No. 8.

Específicamente, en lo que concierne a las dos variables financieras a que se refieren las pretensiones *sub examine* (TIR e IPC), es claro que los porcentajes que se definieron para cada una en el Otrosí No. 8, fueron en últimas los que sirvieron de parámetro para liquidar y reconocer las sumas que se pagaron al celebrarse el Otrosí No. 15, vale decir, una TIR del 18% a precios corrientes –o del 11% si se expresa a valor constante– y un factor de inflación del 7%.

Ahora bien, pese a la claridad que se tiene de las variables financieras antes mencionadas (TIR e IPC), a la modulación que al respecto se tuvo en cuenta al celebrarse el Otrosí No. 8 y al esquema aplicado para calcular los valores reconocidos y pagados mediante el Otrosí No. 15, el Tribunal advierte que de las pruebas arrimadas y practicadas en este trámite arbitral, incluyendo la prueba

[473] Al respecto véase el Protocolo de Negociación – Prepago Otrosí No. 8 (Carpeta Digital 673711 – Folios 000288 a 000301).

trasladada, ninguna contiene o refiere a una operación o cálculo económico cuyo objeto hubiere consistido en comparar los porcentajes del IPC y de la TIR que se acogieron en el Otrosí No. 15, frente a los porcentajes que en sentir de la demandante en reconvención eran los correctos, circunstancia que claramente impide determinar si en este caso se presentó o no un supuesto beneficio económico a favor de la concesionaria.

Vale destacar en este sentido que, al no haberse formulado al perito financiero un interrogante sobre este preciso asunto, no existe en su dictamen una mínima referencia que permita realizar un juicio respecto del supuesto beneficio económico que se planteó en la pretensión trigésima quinta principal. Sin duda, para el caso concreto era del todo necesario que se realizaran los cálculos aritméticos tendientes a comparar lo acontecido realmente con estas variables económicas (TIR e IPC), frente a las condiciones que según la demandante en reconvención debieron aplicarse para tal efecto, pues solo así se hubiere podido adelantar un análisis comparativo que permitiera resolver sobre el supuesto beneficio.

El Tribunal no cuenta, entonces, con los insumos probatorios conducentes que le permitan establecer si la concesionaria resultó injustamente beneficiada porque los reconocimientos y pagos que a su favor se ordenaron en el Otrosí No. 15, tomaron como sustento el esquema financiero del Otrosí No. 8 y, puntualmente, la TIR del 18% y el IPC del 7% que se habían contemplado en modelación de dicho documento modificatorio.

Por estas razones, se negará la pretensión trigésima quinta principal de la demanda de reconvención al no probarse que la TIR y el factor de inflación que fueron tenidas en cuenta al calcular los reconocimientos y pagos efectuados mediante el Otrosí No. 15 hubieren generaron un beneficio injustificado a favor de la concesionaria. En consecuencia, se negará también la pretensión trigésima sexta principal, toda vez que tampoco se probó que tal circunstancia haya dado lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato.

14. LA DESFINANCIACIÓN DEL PROYECTO VIAL BOSA - GRANADA GIRARDOT EFECTUADA POR EL CONTRATISTA

Pretensiones

En relación con la desfinanciación del proyecto vial, la demanda de reconvención reformada la demandante en reconvención solicitó:

*"**DÉCIMA SÉPTIMA PRINCIPAL.** Que se declare por el H. Tribunal que los mecanismos utilizados por la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., relativos a: i) la contabilización de una sobrefacturación de sus subcontratistas-accionistas, en forma directa o a través de Consorcios o Uniones Temporales, por valores que no corresponden a la real ejecución de obra, por valor de DOSCIENTOS QUINCE MIL CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($215.043'863.930,51); y ii) la desvinculación del Proyecto de los recursos provenientes del pago efectuado por mi mandante con la suscripción del Otrosí No. 15 de las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, para repartir utilidades entre sus accionistas por valor de CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($45.700'000.000,oo) sin antes terminar las obras que se le estaban remunerando con dicho pago; han producido desfinanciación del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot.*

*"**DÉCIMA OCTAVA PRINCIPAL.** Que se declare por el H. Tribunal que: i) la contabilización de una sobrefacturación de sus subcontratistas-accionistas, en forma directa o a través de consorcios, por valores que no corresponden a la real ejecución de obra, por valor de DOSCIENTOS QUINCE MIL CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($215.043'863.930,51); y ii) la desvinculación del Proyecto de los recursos provenientes del pago efectuado por mi mandante con la suscripción del Otrosí No. 15 de las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, para repartir utilidades entre sus accionistas por valor de CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($45.700'000.000,oo) sin antes terminar las obras que se le estaban remunerando con dicho pago; son causa eficiente que ha dado lugar a la paralización o atraso de la gestión y adquisición de los predios requeridos para el Proyecto Bosa-Granada-Girardot , de la ejecución de las obras afectas a este Proyecto y en consecuencia de los incumplimientos en la entrega de las obras en los plazos pactados.*

*"**DÉCIMA NOVENA PRINCIPAL.** Con base en la declaración décima séptima y décimo octava, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite, a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente a la Entidad que represento, liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo.*

Posición de la demandante en reconvención

Para fundamentar estas pretensiones, la demandante en reconvención se refiere a la forma como se estructuró financieramente el proyecto y a la sobrefacturación por parte de los subcontratistas que fue detectada por el Revisor Fiscal y el Contador del Concesionario, por valores que no correspondían a la real ejecución de la obra. Señala que el mecanismo de la contabilización de una sobrefacturación por valores que no corresponden a la realidad de la obra ejecutada, condujo a una desfinanciación del proyecto como así lo señala la experticia financiera de la firma Equity[474]. Igualmente cita el perito Equity quien hace referencia al impacto de dicha operación sobre los indicadores financiero y la limitación al acceso de nuevos recursos. Agrega que no solo se desfinanció el proyecto sino que esa sobrefacturación fue causa de la parálisis y atraso de la gestión y adquisición de los predios, de la ejecución de las obras y del incumplimiento en la entrega de las mismas, como lo estableció el dictamen pericial de Equity.

Expresa la demandante en reconvención que la desvinculación del proyecto de los recursos del pago realizado por la ANI en desarrollo del otrosí No 15, para repartir utilidades entre los accionistas del Consorcio en cuantía de $45.700 MM, sin haberse terminado las obras que se estaban remunerando produjo la desfinanciación del proyecto y también contribuyó a la paralización de la adquisición de predios, la ejecución de las obras y la entrega de las mismas.

Agrega que si bien el perito Equity no se atrevió a identificar estos pagos como utilidades o dividendos, en todo caso si concluyó que la distribución de esos $45.700 MM entre los socios constructores de la Concesión, generó las consecuencias que se reclaman en las pretensiones, esto es la desfinanciación del proyecto, parálisis y afectación en la gestión y adquisición de predios y en la ejecución y entrega de obras[475].

Añade que el perito Equity estableció que la Concesión sin haber terminado las obras recibió el dinero del Estado, y con esos recursos "cumplió" la obligación de hacer sus aportes de equity. Dicho en otras palabras, no hizo ningún esfuerzo económico, y a través de estos mecanismos indebidos pretendió cumplir una prestación que debía tener orígenes y fuentes propias y no del Estado[476].

Señala que al rompe se advierte que el perjuicio ocasionado a la ANI por virtud de la sobrefacturación y la utilización de los recursos pagados por la ANI al suscribir el otrosí 15 para remunerar las obras del otrosí No 8, lo que se tiene

[474] Cuaderno pruebas No 30 página 69.
[475] Cuaderno de pruebas No 30 página 92.
[476] Aclaraciones al dictamen pericial Cuaderno de pruebas No 34 página 48.

que traducir en el costo de oportunidad que para la entidad reconviniente representó haber realizado tales pagos cuando aún no se habían terminado las obras. En efecto, de acuerdo con el anexo No 1 del Otrosí No 15, por cuenta de estos mecanismos la ANI terminó prepagándole el 67.1% de las obras del otrosí No 8, porque para ese momento solamente estaban terminadas el 32.9%. De lo anterior se colige que la ANI le pagó a destiempo o prematuramente una cantidad de $125.989 MM a precios de 2007 y sobre esa cantidad es que ha de calcularse el costo de oportunidad a 2007, y actualizarse la suma a la fecha del laudo. Agrega que sino fuese ese el criterio para determinar el perjuicio sufrido, entonces bien puede el tribunal optar por aplicar la Tasa Interna de Retorno pactada en el anexo No 1 del Otrosí No 15 la cual fue estipulada para remunerar al concesionario su financiación.

Posición de la convocada en reconvención

Por su parte la Convocada en reconvención en relación con la denominada sobrefacturación se refiere a las declaraciones testimoniales que indican como procedieron los accionistas de CABG para evitar la declaratoria del incumplimiento del covenant pactado a través de la convocatoria a una asamblea de tenedores de los bonos en la que se solucionó el incumplimiento. Agrega que de acuerdo con los informes de BRC Investors aportados al expediente, una vez realizada la asamblea y aceptada la propuesta de los accionistas se subsanó el incumplimiento y a partir de dicho momento no fue ese el tema de las dificultades que tuvo CABG en términos financieros para efectos de la calificación de los bonos sino otras razones con origen en las actuaciones de la ANI, a saber: amenazas de caducidad, disminuciones de ingreso, retenciones de peaje, falta de recursos para los predios e incertidumbre en los pagos de las vigencias fiscales futuras.

Agrega así mismo que obran en el expediente los dictámenes de Villarreal y de Guijo-Villota quienes están de acuerdo en que las razones de la afectación financiera del proyecto son las disminuciones de ingreso y las retenciones. Así mismo se refiere a la Pericia del Doctor Julio Villarreal sobre el impacto de las retenciones y disminuciones. De todo lo anterior concluye que el proyecto no se afectó en razón de la sobrefacturación, que además resultó ser una decisión empresarial frente al denominado Grupo Nule; el proyecto se afectó por el incumplimiento de la ANI en sus obligaciones y en el cumplimiento del riesgo predial a su cargo y en la aplicación simultánea de disminuciones de ingreso y retenciones.

Expresa respecto de los recursos del Otrosí 15, que bajo el principio del *Pacta Sunt Servanda* el otrosí dispone el libre uso de los recursos provenientes del

pago de la ANI. Destaca que el informe del Interventor que hace parte del Otrosí señala que las obras ejecutadas a dicho momento ascendían a un porcentaje de 32.9%. En consecuencia, sobre el valor total a reconocer en el otrosí 15 por las obras del otrosí 8, dicho porcentaje equivalía a la suma de $65.471 Mil Millones de Pesos, que es superior al valor distribuido.

Manifiesta que en la pericia de Equity Investment (que no fue objetada por la ANI), se indica que se giró a los constructores de CABG la suma de 47 mil 700 millones que el mismo perito determina que no puede establecer a que título, pero sobre los que si establece que no fueron entregados a título de utilidades. Determina también el perito que los recursos restantes están invertidos en el proyecto.

Agrega la demandada en reconvención que el uso y disposición de los recursos fue debidamente informado a la ANI toda vez que la entidad asiste y asistió a los Comités Fiduciarios, donde además recibió la información de los estados financieros del proyecto mes a mes y los legales de fin del ejercicio.

De lo anterior concluye que los recursos del Otrosí 15 eran de libre disposición para la Concesión; que fueron todos ellos destinados al proyecto como bien lo acreditó el perito Equity Investment, y que se giró como anticipos a las obras del otrosí 8, pese a que en el momento del giro las obras ya ejecutadas superaban en valor el monto de los 47 mil 700 millones del anticipo realizado a los accionistas de la concesión. Por lo anterior concluye que todos los recursos del Otrosí 15 fueron invertidos en el proyecto.

Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, está acreditado que se produjo una contabilización de una sobrefacturación de los subcontratistas-accionistas de la Concesión por un valor de $215.043'863.930,51.

En efecto, obra en el expediente[477] la comunicación del 19 de abril de 2010 remitida por el revisor fiscal y el contador de la Concesión Bogotá Girardot en la que se señala que han revisado los soportes contables para el período comprendido entre noviembre de 2005 y abril de 2008 de la sociedad Concesión Bogotá Girardot S.A. y que encontraron diferencias entre las actas de obras y las respectivas facturas por un valor de $215.043.863.930,51, para lo cual señalan:

[477] CD a folio 620 del Cuaderno de Pruebas No 26.

"1. Los documentos objeto de verificación existen y fueron debidamente examinados.

"2. Como resultado de confrontar las actas de obra con las respectivas facturas, se determinó que existen diferencias de acuerdo con la relación detallada que se anexa y que hace parte integral de este informe:

.1. CONTRATISTA	.2. VALOR FACTURA	.3. VALOR ACTAS	.4. DIFERENCIA
.5. CONSORCIO BOGOTA FUSA	.6. ...	.7. ...	.8. ...
.9. CONSORCIO PRM MONT VIAS -CCC	.10. ...	.11. ...	.12. ...
.13. CONSORCIO PRM VIAS. PMV	.14. ...	.15. ...	.16. ...
.17. CONSORCIO VERGEL Y CASTELLANOS	.18. ...	.19. ...	.20. ...
.25. TOTALES	.26. 457.880.814.429.00	.27. 242.836.950.497.44	.28. 215.043.863.930.51

"3. Consecuentemente, se pudo establecer que dicha diferencia fue registrada contablemente en la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. como un pasivo a favor de los contratistas. La anterior contabilización tiene como base la orden expresada en las solicitudes de pago de descontar este valor a los contratistas para registrarse como aportes de Equity en el P.A. Concesión Autopista Bogotá Girardot en la Fiduciaria de Occidente.

"4. Como resultado de lo anteriormente expuesto y con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el Decreto 2649 de 1993, referente a la realidad de los hechos económicos (Principio de Valuación o medición, Realización, Esencia sobre forma y demás normas sobre la materia), se recomienda proceder a los ajustes pertinentes por los mayores valores facturados al proyecto y solicitar las notas créditos a los contratistas que ejecutan la obra del proyecto Bosa - Granada -Girardot."

Como se puede apreciar, de conformidad con el certificado transcrito se produjo una sobrefacturación a la Concesión por parte de los subcontratistas, que a la vez eran socios de la concesión, por un monto de $215.043.863.930.51, la cual se registró como un pasivo a favor de los accionistas. Dicha situación a juicio del revisor fiscal y el contador debía ser corregida por razón del principio de que en la contabilidad debe registrarse la realidad de los hechos económicos.

Ahora bien, sobre dicha sobrefacturación en su declaración el señor Carlos Collins expresó[478]:

> *"DR. TABOADA: Sabe usted o recuerda, si el revisor fiscal de la concesión le envió una comunicación a la junta directiva de la concesión el 19 de abril/10 en la que presentó un informe correspondiente a la revisión de los soportes contables para el periodo comprendido entre noviembre/05 y abril/08 de la sociedad Concesión Autopista Bogotá-Girardot, referente a la contabilización de las facturas correspondientes a las obras ejecutadas por los contratistas de obra del proyecto.*
>
> *"SR. COLLINS: Sí, sé que esa comunicación vino porque esa comunicación se produjo después de que el 25 de marzo de ese año estábamos tratando de aprobar los balances financieros de la concesión y los señores de Sumatoria, que ya tenían asiento en ella y prácticamente dominaban la junta directiva, dijeron que no se podía aprobar los balances porque aparecían como equity parte de la facturación de los contratistas y que esa plata no estaba física a disposición de la junta, entonces en la sesión del 25 de abril se dijo: no se pueden aprobar los balances y nos citamos para un día de abril, que no cuál es, pero entre el día de marzo y el día de abril se produjo el documento que usted me menciona, no me acuerdo exactamente qué decía pero sí.*
>
> *"DR. TABOADA: Recuerda usted si en esa comunicación se habló de un valor entre las actas de obra y los valores de las facturas que fueron presentadas?*
>
> *"SR. COLLINS: Sí.*
>
> *"DR. TABOADA: Hubo, de lo que usted recuerda, diferencia entre el valor de las actas y el valor de las aperturas para todos los contratistas de la concesión?*
>
> *"SR. COLLINS: Sí, por el mismo porcentaje*
>
> *"...*
>
> *"DR. TABOADA: Recuerda usted el valor total de las diferencias a que se refería esa comunicación, aproximado?*
> *"SR. COLLINS: Creo que eran 215 mil millones, creo.*
> *"DR. TABOADA: Es la cifra que usted mencionó, sí señor, eran 215 mil millones. Usted recuerda cómo esa diferencia había sido registrada contablemente en la Concesión Autopista Bogotá-Girardot?*

[478] Cuaderno de Pruebas No 31 página 59 y ss.

"SR. COLLINS: Como equity.

"...

"DR. ARANGO: Usted dejó alguna constancia, hizo algo para evitar eso que está describiendo?

"SR. COLLINS: No, lo que pasa es que la discusión entre el 25 de marzo y el no sé qué de abril que se hizo la otra reunión ya yo sabía lo que debía hacer, era unirme a la mayoría que estaba conformada por Sumatoria y si yo apoyaba Sumatoria éramos mayoría y borrar eso como equity, y la razón era la que le estoy diciendo, que con eso impedía que los Nule además de haber producido menos plata para ese equity fueran a reclamar el porcentaje que tenían derecho que era el 50%, ahí no podía hacer nada, mientras se llamara equity estaba muerto.

"Por eso en la votación para hacer eso yo voté a favor, Sumatoria votó a favor, Vergel y Castellanos votó a favor y los Nule votaron en contra, que no se modificara eso.

"DR. ARANGO: Y qué paso, esa fue la votación.

"SR. COLLINS: Y se ganó.

"DR. ARANGO: Cambiaron la contabilidad y lo contabilizaron como un pasivo externo?

"SR. COLLINS: No, se borró del balance y el efecto práctico que tenía hacia afuera era no con la ANI porque nosotros teníamos el suficiente equity que nos exigía el contrato con la ANI, no recuerdo bien pero en ese entonces tenía que ser algo así como 80 mil millones y teníamos más de los 80 mil millones, o sea que nosotros con la ANI no teníamos ningún problema, el problema lo teníamos con los señores bono-tenientes, porque los señores bono-tenientes dijeron: ustedes nos habían dicho que tienen 215 mil de equity y ahora resulta que no tienen nada.

"Esa es la razón por la cual tuve que ir al circo romano donde yo era el león, el cristiano, me tocó hacerle frente diciendo: cálmense, yo pongo de la plata que me deben a mí que está sin pagar, entonces no se paga esa plata hasta que no les paguen a ustedes sus bonos, eso se llamó subrogación de 70 mil millones, de paso los 70 mil no eran todos míos, parte era del doctor Álvarez, o sea de Promotora Montecarlo, parte era de Constructora Carlos Collins, y para poder completar los 70 mil porque nosotros contábamos como 40 mil, tuvimos que echarle mano a una plata que le debían a mi señora que eran 30 mil millones, se los debían del túnel de la línea, inclusive eso no era ni cuenta ni nada, era un pagaré, le debían 30 mil millones en un

pagaré que se lo habían dado porque no tuvieron para pagarle en efectivo, dijeron: bueno, el pagaré entra, así reunimos los 70 mil millones para calmar a los bono-tenientes, pero con la ANI, vuelvo y repito, perdónenme que sea tan insistente con la aclaración, no incumplimos nada porque el equity que quedó después de borrar los 215 mil era superior al equity que nos pedía a nosotros el contrato" (se subraya).

Así mismo en su testimonio el señor Carlos Andrés Terrasa Vallejo, gerente de la banca de inversión SUMATORIA S.A[479] expresó:

"DR. CÁRDENAS: ¿Nos podría contar lo que usted conoció?

"SR. TERRASSA: En el 2010, antes de que yo fuera miembro de junta, en la asamblea general ordinaria se impugnaron los estados financieros.

"...

"DR. GÓMEZ: ¿Recuerda las razones?

"SR. TERRASSA: las razones son porque en el patrimonio habían capitalizadas unas partidas correspondientes a una sobrefacturación de los constructores ejecutando obra en la Concesión Bogotá Girardot, me explico, cuando se fueron a conciliar las actas de obra frente a la facturación que había, la facturación excedía por un monto importante, si mal no recuerdo eran como del orden de $215 mil millones las actas de obra y eso había sido capitalizado dentro del patrimonio autónomo de la Concesión Bogotá Girardot.

"DR. GÓMEZ: ¿Podríamos decir que se cobraba más de lo que se hacía?

"SR. TERRASSA: No lo quisiera poner en esos términos, pero claramente la facturación no correspondía con la ejecución de obra.

"...

"DR. ARANGO: ¿Qué siguió de esa impugnación, impugnar a los estados financieros?

"SR. TERRASSA: Hasta donde recuerdo el contador y el revisor fiscal de la Concesión retrocedieron las partidas y por decirlo de alguna forma, se limpió el patrimonio autónomo de la Concesión Bogotá Girardot, es decir, se bajaron los $215 mil millones correspondientes a la sobrefacturación de obra, eso tuvo consecuencias en los niveles de cumplimiento de los

[479] Cuaderno de Pruebas No 33 folios 81 y ss.

indicadores financieros, de los bonos de la Concesión y del crédito sindicado por los bancos.

"...

"DR. ARANGO: ¿Esa sobrefacturación y la impugnación de esos estados financieros y la reversión de que nos habla usted, tuvo algún efecto en una baja en la calificación de los bonos?

"SR. TERRASSA: Sí.

"DR. ARANGO: ¿Quiere explicarnos con detalle?

"SR. TERRASSA: No recuerdo sinceramente en detalle, pero claramente los bonos se vieron afectados, la calificadora los puso en observación, en primera medida, luego tuvo una rebaja en la nota, no me acuerdo cuántos escalones la bajaron y luego hubo que renegociar los indicadores de cumplimiento de esas acreencias financieras con cada uno de los acreedores."

Por otra parte en el testimonio de la señora Ana María Quintero Moya[480] se expresó:

"DR. TABOADA: ¿En ese comité usted tuvo información sobre las circunstancias de las emisiones... del Concesionario?

"SRA. QUINTERO: Sí, en el comité resulta que este tema de la sobrefacturación se hizo pública por parte del Concesionario con una carta del revisor fiscal en abril del 2010, el Concesionario le comunicó esto tanto a la ANI como al comité fiduciario porque es una situación interna dentro de los estados financieros del Concesionario que se veían reflejados dentro de los estados financieros del fideicomiso, entonces al hacer el ajuste en los estados financieros del Concesionario, que si mal no estoy fue a diciembre de 2009, ellos debían solicitar un ajuste a los estados financieros del fideicomiso.

"Para hacer ese ajuste tenían que solicitar una asamblea a los tenedores de bonos que son los que finalmente autorizan si se puede o no hacer ese ajuste y adicionalmente se evidenció que con el ajuste solicitado hay un indicador de capital o de covenants que se llama, tiene una emisión de bonos que es la relación entre el patrimonio y la deuda, ellos establecieron unos indicadores en el prospecto de bonos y pues al reducir este tema del equity, ese indicador generaba incumplimiento y eso dentro de las opciones

[480] Cuaderno de Pruebas No 33 página 12.

que tienen los bono-tenientes era pedir la redención anticipada de los bonos, digamos que se presentó en el comité y el comité es el encargado de preparar todo el tema para solicitar una asamblea para llevar una propuesta para solicitar el ajuste en los estados financieros del bono y en el prospecto de los bonos."

Igualmente expresó la testigo[481]:

"DR. TABOADA: ¿En su experiencia financiera los prestamistas tienen en cuenta circunstancias como estas cuando van a considerar la posibilidad de conceder un nuevo crédito o no?

SRA. QUINTERO: Sí porque pues ahí lo que pasa es que digamos que se pierde credibilidad sobre el tema porque ya hay una alarma de: hubo un incumplimiento de usted como un aporte que me tenía que hacer en equity y tenemos que resolver este problema con unas medidas; y una fue la restricción del financiamiento porque además se cambió la condición del pago de los bonos, el pago de los bonos iba a ser al vencimiento de los bonos que era en el 2015, el Concesionario y el patrimonio autónomo hizo una propuesta de empezar a pagar anticipadamente esos bonos, o sea ya iba a pagar todos los $250 mil millones en el 2015 sino que empezaron a pagar $40 mil millones en el 2011, en el 2013 y 14 de a $100 mil para cumplir los $250 mil.

"DR. TABOADA: ¿De cuánto fue el valor del ajuste si usted lo recuerda?

"SRA. QUINTERO: $215 mil millones.

"DR. TABOADA: ¿Y el ajuste en qué consistió exactamente, cuál es el espectro contable del ajuste, en qué consiste de manera precisa?

"SRA. QUINTERO: El efecto es que reduzco mi aporte de equity en el patrimonio autónomo y eso se ve reflejado en el activo en cuanto al rubro que les comenté que se llama construcciones en curso, o sea lo que ahí se ve es que llevo menos ejecutado de lo que había dicho en $215 mil millones."

Por su parte el perito Equity manifestó[482]:

"De acuerdo a lo anterior, se puede deducir entonces que las operaciones de contabilización del concesionario están asociados a la facturación de un mayor valor de las obras por parte de los subcontratistas, quienes además tienen el carácter de socios de la concesión, respecto a las cantidades de

[481] Cuaderno de Pruebas No 33 páginas 19 y 20.
[482] Cuaderno de Pruebas No 30, página 30.

obra realmente ejecutadas entre noviembre de 2005 y abril de 2008. La diferencia entre las facturas presentadas por los subcontratistas y las obras realizadas ascendió a un valor de COP 215,043 MM.

"De esta manera, considerando lo enunciado por el Revisor Fiscal en la comunicación presentada a la Junta Directiva de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A el 19 de abril de 2010, cuyas observaciones son reiteradas en la Resolución 9046 del 2 de Julio de 2010 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, esta inconsistencia requirió un ajuste en los estados financieros de la concesión, el cual debía disminuir la cuenta de inversiones en el activo y como contrapartida disminuir la cuenta de acreedores varios en el pasivo. Este ajuste a su vez debía trasladarse a los estados financieros del fideicomiso, afectando al proyecto vial Sosa-Granada- Girardot en la estructura de capital del proyecto y en el CAPEX por ejecutar."

Así mismo el perito Equity expresó sobre la sobrefacturación[483]:

"En primer lugar, se observa un efecto negativo en la estructura de capital del proyecto, la cual hace referencia a la relación entre las fuentes de financiación del proyecto, es decir, la relación entre deuda y equity. Así pues, en el Proyecto Vial Bosa- Granada- Girardot, el concesionario podía efectuar los aportes de equity tanto en efectivo como en obras de construcción, y de acuerdo a lo manifestado por el Revisor Fiscal, el mayor valor facturado se registró como aportes de equity por retención de obras (porción en obras en construcción). En consecuencia, el ajuste exigido en los estados financieros de la concesión que disminuyó en el activo la cuenta de inversiones en el fideicomiso, resultó en una disminución de los aportes de equity del concesionario al proyecto. Teniendo en cuenta que el proyecto realizó emisiones de bonos y que dentro de la estructuración de éstas se establecieron covenants de capital (indicadores mínimos de la relación deuda/equity que se compromete a cumplir el deudor con el acreedor), la reducción del equity en el proyecto ocasionó el incumplimiento de este covenant, requiriendo la necesidad de realizar aportes adicionales de equity por un monto de COP 138,000 MMIS.

"En segundo lugar, debido a que las obras ejecutadas eran menores a lo que se tenía registrado, las inversiones de construcción y rehabilitación que estaban pendientes por realizarse con el fin de cumplir el cronograma de obra y el objeto del Contrato de Concesión sufrieron un incremento, es decir, el CAPEX por ejecutar aumentó, generando presiones sobre el flujo de caja y requiriendo mayores recursos en el corto plazo por un valor de COP 490,000 MMIS.

[483] Cuaderno de Pruebas No 30, página 69.

> *"Así pues, considerando que las operaciones de sobrefacturación tuvieron como consecuencia mayores exigencias de recursos para el Proyecto Vial Bosa-Granada Girardot, las cuales suscitaron la necesidad de conseguir nuevas fuentes de financiación, podría concluirse que dichas operaciones sí podrían llegar a constituir un mecanismo de desfinanciación del proyecto."*

De acuerdo con lo expuesto está claramente acreditado que se produjo una sobrefacturación, pues se facturó un valor mayor a la obra ejecutada, y el excedente se registró como equity. Cuando se establece dicha sobrefacturación, se decide reversar la operación, lo que implica reducir el equity del proyecto e incumplir la obligación de mantener un determinado equity con los tenedores de bonos. Lo anterior imponía la necesidad de realizar aportes de equity por $13 mil millones de pesos. Para superar dicho incumplimiento se acuerda subordinar el pago de las cuentas de varios de los subcontratistas del proyecto a que primero se paguen los bonos e igualmente se acordó comenzar anticipadamente el pago de los bonos. Tales situaciones sin duda afectaron la capacidad financiera del proyecto, tanto porque los subcontratistas que aceptaron subordinar sus pagos no recibieron sumas que habrían podido emplear en el proyecto, como porque el proyecto tenía que realizar pagos a los tenedores de bonos y, finalmente, por el deterioro en la imagen financiera que le hacía más difícil acudir al sistema financiero o al mercado público de valores.

En todo caso es pertinente aclarar que la operación mencionada no generó un incumplimiento en el nivel de equity que la concesionaria debía tener frente a la demandante en reconvención. En efecto, el perito Nexus indicó que el equity aportado era superior al requerido contractualmente para lo cual expresó[484]:

> *"Teniendo en cuenta lo anterior, al comparar los aportes de capital establecidos en la cláusula 9.3. del Contrato de Concesión (COP 85.000m de diciembre de 2002 o COP 135.421 m de junio de 2013) con los aportes de capital realizados por el Concesionario (COP 340.882m de junio de 2013), los últimos son superiores a los primeros en COP 205.461 m de junio de 2013."*

Es importante destacar que la reversión de la operación de sobrefacturación afectó la calificación de los bonos como señaló el perito Equity[485]:

> *"3) En la Revisión Extraordinaria materializada en el Informe de BRC Investor Services S.A del 19 de Agosto de 2010, se realiza el tercer downgrade, en el cual la calificación se modifica de AA'a A y se conserva el Credítwatch Negativo. La modificación de la calificación se debe, en primer*

[484] Cuaderno de Pruebas No 97 folio 46.
[485] Cuaderno de Pruebas 30, página 96 del dictamen.

lugar, a la disminución del Equity del concesionario originada por el ajuste de los aportes de Equity por retención constructores, asociado a la sobrefacturación señalada por el Contador y el Revisor Fiscal en la comunicación del 19 de abril de 2010; situación que evidencia el conflicto de intereses entre los socios de la concesión dada su condición de constructores del proyecto.

"Con respecto a esta disminución de Equity y los aportes adicionales necesarios para alcanzar el mínimo establecido para el índice de estructura de capital, el Concesionario propondrá a la Asamblea de Tenedores de los Bonos el aporte de los COP 70,000 MM que deben pagarse en agosto de 2010 a través de la subordinación de un pasivo por ese mismo monto por parte de Álvarez y Collins S.A y/o filiales, el cual tendría como contraprestación la realización del 100% de las obras pendientes que le correspondían al Consorcio Bogotá Fusa por el 80% del saldo por ejecutar de la oferta mercantil (COP 167,500 MM)

"En segundo lugar, como lo establece el informe de BRC Investors Services S.A, el cambio en la calificación obedece a la reducción del flujo de caja del proyecto por la pérdida del anticipo de COP 68,627 MM aprox. originada por el incumplimiento del Consorcio Bogotá Fusa y otras sociedades integradas por el denominado Grupo Nule así como el ajuste contable de CAPEX sin ejecutar identificado por la sobrefacturación de las actas de obra, el cual se calcula en COP 490,000 MM.

"Por último, la nueva calificación responde al incremento del riesgo de caducidad del contrato ocasionado por los incumplimientos del concesionario de acuerdo a la cláusula 29 del contrato, especialmente el asociado a la constitución de la póliza de garantía requerida en el Adicional No. 1, que han provocado una disminución marginal del ingreso mínimo esperado, pese al efecto poco significativo en términos cuantitativos (COP 713 MM constantes)"

De esta manera es claro que la reversión de la sobrefacturación y el incumplimiento de las empresas MNV S.A. y Gas Kapital GR S.A. que pertenecían a los Nule **(en adelante Grupo Nule)** tuvo un efecto fundamental en la reducción de la calificación de los bonos.

Es pertinente señalar que en el proceso se produjeron diferentes opiniones acerca del efecto de la reversión de la operación de sobrefacturación sobre la situación financiera del proyecto.

En efecto en el dictamen de Banicol presentado por la convocante en reconvención se dijo[486]:

> *"11. En su criterio, puede ser el mecanismo de desfinanciación del Proyecto Bosa-Granada-Girardot, o de retiro de recursos el empleado por el Concesionario y sus subcontratistas-accionistas en la que se contabilizó una sobrefacturación frente a una ejecución menor de las obras de acuerdo con las actas de obra? Para esta respuesta, tenga en cuenta, además, la Resolución No. 9046 del 2 de julio de 2009 de la Superintendencia de Puertos y Transporte*
>
> *Efectivamente la contabilización de una sobrefacturación frente a una ejecución menor de obras se convierte en un mecanismo de desfinanciación para el Proyecto, ya que a través de este, los subcontratistas - accionistas desvían recursos que no corresponden efectivamente a obras del Proyecto. Específicamente, para el caso en que las obras ejecutadas objeto de sobrefacturación hayan sido aportadas por los subcontratistas - accionistas como aportes de capital o "equity", se podría decir que se estaría afectando la estructura de capital del Proyecto ya que una parte de dichos aportes no resultarían reales. De esta manera, la sobrefacturación de las obras ejecutadas se convierte en un mecanismo de desfinanciación, ya que no se le estarían aportando al Proyecto la totalidad de los recursos requeridos de capital, uno de los dos componentes de financiación del proyecto.*
>
> *"12. Sírvase explicar si estas "operaciones de contabilización" realizadas por el Concesionario con los recursos del Proyecto Bosa-Granada-Girardot, puede originar la imposibilidad dificultad o demora en adquirir los predios afectos al mismo*
>
> *"En la medida que dichas "operaciones de contabilización" se encuentran directamente asociadas a un mayor retiro de recursos al presupuestado inicialmente para las obras del Proyecto, el monto de recursos disponibles para la adquisición de predios obligatoriamente se reduce. En este orden de ideas, una menor disponibilidad de recursos a la presupuestada inicialmente por el Proyecto para la adquisición de predios, puede dificultar, demorar e incluso imposibilitar la adquisición de predios, ya que el Proyecto no podrá llevar a cabo la negociación y pago de predios en las mismas condiciones que lo hubiera podido hacer con la plena disponibilidad de tos recursos inicialmente previstos.*
>
> *"13. Sírvase explicar si las "operaciones de contabilización" realizadas por el Concesionario con los recursos del proyecto, puede dar lugar a una percepción de mayor riesgo por parte de los financiadores frente al proyecto que impida la obtención de los mecanismos necesarios para la adquisición*

[486] Cuaderno de Pruebas No 22, folios 20 y siguientes.

de predios y en general, el apalancamiento necesario para la ejecución de las obras

"Efectivamente dichas "operaciones de contabilización" se traducen en una percepción de mayor riesgo por parte de financiadores frente al Proyecto, ya que además que dichas prácticas afectaron de manera significativa la estructura de capital del Proyecto (mayor deuda en proporción al capital aportado), generan desconfianza entre los potenciales financiadores del Proyecto sobre la transparente gestión y administración futura de (os recursos que podrían aportar al Proyecto.

"Esta mayor percepción de riesgo, se evidencia at ver la evolución de la calificación de riesgo de las emisiones de bonos ordinarios del Fideicomiso 3-4-1318 Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. Antes de presentarse este hecho, los bonos ordinarios tenían las siguientes calificaciones:
• Primera Emisión: AAA
• Segunda Emisión: AAA
Luego de varias revisiones a la calificación realizadas por La firma BRC Investor Services a partir de mayo de 2010, donde se evidencian, entre otros hechos, las "operaciones de contabilización", la calificación actual de los Bonos es:
• Primera Emisión: BB+ (Crediwatch Negativo)
• Segunda Emisión: BB+ {Crediwatch Negativo)
Actualmente los bonos tienen una calificación que se encuentra entre los Grados de No Inversión o Alto Riesgo de acuerdo a la escala de calificación de BRC Investor Services.

"Estas calificaciones de riesgo representan una evaluación de la probabilidad de un incumplimiento de pago de las obligaciones financieras de la concesión y por ejemplo, tener una calificación de B+ significa de acuerdo a las escalas de calificación de BRC Investor Services: "Las emisiones calificadas con B indican un nivel más alto de incertidumbre y, por lo tanto, mayor probabilidad de incumplimiento que las emisiones de mayor calificación. Cualquier acontecimiento adverso podría afectar negativamente el pago oportuno de capital e intereses.

"De esta manera, cualquier incremento en la percepción de riesgo por parte de los financiadores sobre el proyecto, tendrá un impacto negativo sobre la consecución de nueva financiación, afectando la disponibilidad de recursos del Proyecto para la adquisición de predios y ejecución de obras, entre otros."

Por su parte, Equity en su dictamen ya transcrito expuso la situación que se presentó acerca de la sobrefacturación y concluyó[487]:

[487] Cuaderno de Pruebas No 30, página 69.

"Así pues, considerando que las operaciones de sobrefacturación tuvieron como consecuencia mayores exigencias de recursos para el Proyecto Vial Bosa-Granada Girardot, las cuales suscitaron la necesidad de conseguir nuevas fuentes de financiación, podría concluirse que dichas operaciones sí podrían llegar a constituir un mecanismo de desfinanciacion del proyecto."

Por su parte, en el dictamen de Nexus-Banca de Inversión presentado por la demandada en reconvención se expresó[488]:

"NEXUS no está de acuerdo con la respuesta del perito (se refiere a Equity). En primer lugar, de cara a las obligaciones de financiación y aportes de equity que debía acreditar el Concesionario, dichos aportes se realizaron en los plazos establecidos, y por montos superiores a los contractuales.

"Adicionalmente, la reversión del aporte del equity en el Fideicomiso, fue una operación netamente contable y no afectó la financiación del Proyecto ni el cumplimiento del servicio de la deuda:"

Adicionalmente acerca de si las operaciones de sobrefacturación y su reversión podían afectar la posibilidad de adquirir predios el perito Equity contestó[489]:

"SOLUCIÓN PREGUNTA 12

"12. Sírvase explicar si estas "operaciones de contabilización" realizadas por el Concesionario con los recursos del Proyecto Bosa-Granada-Girardot, puede originar la imposibilidad para adquirir los predios afectos al mismo.

"...

"De esta manera, teniendo en cuenta que las operaciones de contabilización resultaron en mayores exigencias de recursos para el Proyecto en aspectos como aportes de equity y CAPEX por ejecutar, la destinación de recursos para otros aspectos del proyecto estará limitada y por lo tanto se verán afectados. Es por esta razón que la adquisición de predios al ser también un aspecto del modelo, podría verse perjudicada". (se subraya)

Sobre el particular el perito Nexus expresó[490]:

"No estamos de acuerdo con la respuesta del perito, dado que la imposibilidad para adquirir los predios afectos al proyecto y por lo tanto para ejecutar las obras en los plazos establecidos por el Contrato, no se dio por la

[488] Cuaderno de Pruebas No 97 folio 65.
[489] Cuaderno de Pruebas No 30, páginas 69 y 73.
[490] Cuaderno de Pruebas No 97, folio 65.

denominada "sobrefacturación", dado que esta no impidió la compra oportuna de los predios.

"La imposibilidad de adquirir los predios se dio debido a que los valores requeridos para predios desborda cualquier previsión razonable de los mismos en la gestión predial que pudiera efectuarse en la etapa precontractual. Adicionalmente, el incumplimiento en el pago oportuno por parte del INCO de los reembolsos al Concesionario, así como la incertidumbre en la fecha de éstos reembolsos, y teniendo en cuenta el comportamiento de la entidad, en materia de apropiar los recursos requeridos para efectuar los reembolsos dificultó la financiación de los predios."(se subraya)

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de que las operaciones mencionadas generaran una percepción de mayor riesgo el Perito Equity expresó[491]:

"SOLUCIÓN PREGUNTA 13

"13. Sírvase explicar si las "operaciones de contabilización" realizadas por el Concesionario con los recursos del proyecto, puede dar lugar a una percepción de mayor riesgo por parte de los financiadores frente al proyecto que impida la obtención de los mecanismos necesarios para la adquisición de predios y en general, el apalancamiento necesario para la terminación de las obras.

"...

"De esta manera, debido a que el ajuste contable resultó en mayores requerimientos de recursos para el Proyecto respecto a los montos que se habían contemplado dentro de la estructuración del proyecto, se genera un deterioro de los indicadores financieros evaluados por los acreedores, especialmente de la capacidad de endeudamiento, la estructura de capital y la cobertura del servicio de la deuda, lo cual implica un aumento de la percepción de riesgo del proyecto y un deterioro de su calificación crediticia. Esta situación se evidencia en los informes de la calificadora de riesgo BRC Investor Services S.A del 13 de mayo de 2010 y del 19 de agosto de 2010, en los cuales hay un downgrade en la calificación de los bonos emitidos por el fideicomiso de la Concesión de AAA a AA" y de AA" a A respectivamente, aducidos ambos al mencionado ajuste y sus implicaciones.

"Así mismo, estos nuevos indicadores financieros reducen el espectro de posibilidades de financiación del proyecto debido al deterioro de su calidad crediticia, limitando los montos a los que podría acceder así como encareciendo el costo de acceso a dichos recursos dada la mayor

[491] Cuaderno de Pruebas No 30, página 73 y 78 y siguientes.

percepción de riesgo y dificultando así la obtención de mecanismos de financiación para cualquier aspecto del proyecto." (se subraya)

Por su parte Nexus expresó sobre la opinión de Equity lo siguiente[492]:

> *"No coincidimos con la conclusión del Perito, dado que, en primer lugar, de cara a las obligaciones de financiación y aportes de equity que debía acreditar el Concesionario, dichos aportes se realizaron en los plazos establecidos, y por montos superiores a los contractuales. Adicionalmente, dichos aportes de equity realizados por el Concesionario en cumplimiento al Contrato de Concesión, difieren de los aportes que se debían certificar frente a los tenedores de bonos.*
>
> *"En segundo lugar, la imposibilidad de adquirir los predios se dio debido a que los valores requeridos para predios desborda cualquier previsión razonable de los mismos en la gestión predial que pudiera efectuarse en la etapa precontractual. Adicionalmente, el incumplimiento en el pago oportuno por parte del INCO de los reembolsos al Concesionario, así como la incertidumbre en la fecha de éstos reembolsos, y teniendo en cuenta el comportamiento de la entidad, en materia de apropiar los recursos requeridos para efectuar los reembolsos dificultó la financiación de los predios, al ser percibido por los financiadores como un proyecto de mayor riesgo" (se subraya).*

De las diversas posiciones expuestas por los peritos encuentra el Tribunal que como lo explica claramente Equity, las operaciones de reversión del registro como equity de la sobrefacturación realizada implicó un mayor esfuerzo financiero y un deterioro de la calidad financiera del proyecto. En efecto, independientemente de si la sociedad concesionaria había cumplido con el monto mínimo de Equity exigido por el contrato de concesión, la operación de reversión implicó realizar esfuerzos financieros adicionales, que restringieron la disponibilidad de recursos financieros de la Concesión y además dificultaron su acceso al mercado financiero. Lo anterior afectó entonces la capacidad de la concesión de cumplir sus obligaciones en materia predial.

De esta manera está acreditado que los socios del concesionario que eran subcontratistas realizaron una sobrefacturación, al facturar a la sociedad concesionaria una suma mayor al valor que correspondía a las actas de obra ejecutadas. Dicho mayor valor se registró como un mayor valor de equity. Cuando tal circunstancia fue establecida, se reversó la operación contable, lo cual condujo a una reducción del equity de los socios del concesionario y la necesidad de llegar a un acuerdo con los tenedores de bonos al no cumplir con

[492] Cuaderno de Pruebas No 97, folio 66.

los niveles de equity que se habían comprometido con ellos. Dicho acuerdo implicó un esfuerzo económico adicional por parte de la concesión y algunos de sus socios que subordinaron el pago de sus cuentas pendientes de pago al pago de los bonos. Además ello condujo a una revisión de la calificación de los bonos y a un deterioro de la posibilidad de obtener la financiación requerida para desarrollar el proyecto y continuar la adquisición predial.

Ahora bien debe precisar el Tribunal que la conducta de la concesionaria no se ajustaba a las normas contables, así como tampoco a los principios y reglas que deben regir la actuación de un emisor en el mercado de valores o de un deudor frente al sistema financiero. Si bien dicha conducta en sí misma no constituía un incumplimiento de alguna cláusula particular del contrato de concesión, pues el concesionario cumplía con el nivel de equity fijado en él, sin duda tal circunstancia contribuyó a que la concesionaria no tuviera los recursos que se requerían para desarrollar el proyecto y adelantar la gestión predial, lo cual dio lugar al incumplimiento de la concesionaria a que se ha hecho referencia en otro aparte de este Laudo.

Por otra parte en cuanto a la desvinculación del Proyecto de los recursos provenientes del pago efectuado por la demandada en virtud del Otrosí No. 15 para repartir utilidades entre sus accionistas por valor de $45.700'000.000,oo sin antes terminar las obras que se le estaban remunerando con dicho pago, se encuentra lo siguiente:

El Otrosí No 15 tenía por objeto remunerar las obras realizadas por el Concesionario en desarrollo del Otrosí No 8. A tal efecto en el Otrosí No 15 se pactó[493]:

> *"CLÁUSULA PRIMERA. El INCO pagará al concesionario la suma de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA MIL MILLONES OCHOCIENTOS VENTIUN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MONEDA LEGAL ($ 199.930.821.496,oo) por concepto de las obras contempladas y descritas en la cláusula primera del otrosí No.8, incluido el costo de mantenimiento y operación de las obras adicionales causado desde Noviembre del 2005 hasta la fecha, tal y como se discrimina en el Anexo No. 1 del presente otrosí.*
>
> *"Este pago no incluye las obras de adecuación al Sistema de Transporte Masivo SITM, toda vez que la realización de dichas obras se encuentra condicionada, de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula segunda, inciso segundo del Otrosí No 8 modificatorio del contrato de Concesión No GG - 040/2004.*

[493] Cuaderno de Pruebas No 3, folio 332.

*"**Parágrafo 1:** El INCO pagará la suma contemplada en la presente cláusula, mediante un único desembolso que realizará en una subcuenta especial que se creará para dichos efectos en el Fideicomiso y que será de libre disposición y uso del Concesionario." (se subraya)*

En el Anexo I de dicho Otrosí se expresó:

"ANEXO No. 1

"OTROSÍ NO. 15 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. GG - 040- 2004 "Concesión Vial Bosa - Granada - Girardot"

"1. Reconocimiento de los Costos Directos asociados a las Obras de los trayectos 1 y 2, 11 y 12 del Contrato de Concesión.

VALOR OBRAS		
DESCRIPCIÓN	VALOR	SUPUESTOS
Valor Total Obras adicionales al 2005	$164,000.00	
Valor Total Obras adicionales al 2007	$187,763.60	
Valor Obras ejecutadas al 2007	$61,774.22	Ejecución del 32.90% del total de la Inversión inicial - Verificado por Interventoría
Valor Obras ejecutadas al 2007 con reconocimiento de Tasa oportunidad concesionario del 11 %	$68,569.39	Se inició la ejecución de las obras en el año 2006.
RECONOCIMIENTO AL CONCESIONARIO		
Valor Obras por ejecutar al 2007	$125,989.36	
Valor Obras ejecutadas al 2007 con reconocimiento de Tasa oportunidad concesionario del 11%	$68,569.39	
TOTAL MONTO MÁXIMO A RECONOCER	$194,558,76	

"..."(se subraya)

En relación con la entrega de estos recursos a los socios y subcontratistas de la concesión el señor Carlos Collins en su declaración expresó[494] que el INCO decidió contratar unas obras adicionales a través del otrosí No 8, lo cual daba lugar a una ampliación de la Concesión hasta el año 2032, pero se reservó la posibilidad de pagar directamente el valor de estas obras, lo cual ocurrió con el Otrosí No 15, para lo cual expresó:

[494] Cuaderno de Pruebas No 31 folio 46 y ss.

"SR. COLLINS: No sé qué tan detallada sea la cosa del otro sí 15 o no, pero le voy a poner en contexto, cuando nosotros nos ganamos el contrato, a los tres o cuatro meses el Estado decidió que ellos iban a hacer otras obras adicionales, que iban a hacer la prolongación de Transmilenio hasta Soacha, que iban a hacer la ciclovía en Girardot, que iban a hacer una doble calzada entre el paso y un sitio que se llama San Rafael, o sea, al final de la concesión esas obras más o menos se valorizaron en 198 millones, pero por ellos, nosotros no las valorizamos así, nosotros las valorizamos fue, esto vale más o menos 200 mil, la obra, pero nosotros lo que tenemos es un contrato de concesión y siempre se habló fue eso.

"....

"El Ministro Andrés Uriel también tuvo la misma sorpresa que tuve yo, por qué con 200 mil millones vamos hasta el 2032, sin embargo el contrato de adición se firmó así, se firmó una adición, vamos hasta el 2032, el Ministro por la parte mediática hizo poner una cláusula que decía que antes de comenzar las obras él tenía la opción de conseguir la plata que valían las obras adicionales y pagárnosla, ...

"...

"Qué pasó, él no la consiguió cuando dijo, sino la consiguió después y ya habíamos comenzado, nosotros decíamos: Ministro, ya su opción se acabó, ya no podemos cambiar el contrato que tenemos ya firmado y retrotraerlo a la condición original; no me acuerdo exactamente cuáles fueron las palabras del Ministro, pero la verdad fue que el dijo que eso era así o era así, inclusive nosotros alcanzamos a decirle: a título de qué nos va a dar usted la plata; porque tenía que darnos 200 mil millones, no podía hacer anticipo porque nosotros no queríamos ningún anticipo, teníamos que sacar una póliza por 200, nosotros no queremos esa plata, nosotros queremos que el contrato siga como está que es con las vigencias, ya habíamos sacado pólizas de todo, del contrato hasta el 2032.

"La orden del Ministro fue, la cogen o la cogen, a título de tal y nos dieron los 200 mil, ...

"Nosotros hicimos esas obras, la hizo Álvarez y Collins, Gilberto y Carlos Collins hicieron su pedazo de esas obras, los otros no habían hecho nada y llega la plata y: vamos a repartir, no, aquí no se reparte nada, pero cómo así que no, no, no señor, no hemos hecho la obra, cómo la vamos a repartir; al final la discusión terminó en: vamos a darnos un anticipo; anticipo de la concesión que era la que tenía la plata a los subcontratistas que éramos nosotros, nos dimos un anticipo de $50 mil millones, repartidos proporcionalmente a la cantidad de obra que teníamos cada quien, o sea, a Álvarez y Collins le tocó el 31% de los 50 mil, a Vergel y Castellanos le tocó

el 19% de los 50 mil y a los señores Nule les tocó el 50% de los 50 mil, o sea, 25 mil millones, a título de anticipo de la concesión hacia los subcontratistas, no del Estado, el Estado no nos está dando ningún anticipo, el Estado nos pagó.

"DR. GÓMEZ: ¿Les pagó antes de hacer las obras?

"SR. COLLINS: De acuerdo, eso fue mortal para mí, por qué digo mortal para mí.

"DR. ARANGO: ¿Los otros 150 mil millones para dónde cogieron?

"SR. COLLINS: Se quedaron haciendo la obra, por qué digo que fue mortal, porque los señores Nule y Vergel usaron mal el anticipo, qué llamo yo usarlo mal, no usarlo para lo que debían usarlo que era para la obra, si la obra era la que estaba produciendo esa plata, tenían que ponerlo ahí, ellos de pronto en su mente dirían que lo estaban usando muy bien porque lo usaron para comprar unas acciones en el Tolima, pero eso ya salió de mi control, porque cuando ya se había repartido el anticipo no tengo control sobre qué hace cada uno de los socios sobre el anticipo, yo sé que hice yo, sé que hizo mi socio de toda la vida, el doctor Álvaro, se la metimos a la obra y le dimos un impulso.

"DR. ARANGO: ¿Vergel qué hizo?

"SR. COLLINS: Lo mismo de los Nule, la junta éramos tres, Vergel, los Nule y nosotros, éramos tres, donde unos votaban para un lado, el otro estaba frito

"...

"DR. GÓMEZ: ¿En qué momento usted se da cuenta que su otro socio no la invierte en la obra?, cuando usted dice, ellos compraron en el Tolima.

"SR. COLLINS: Lo de que compraron en el Tolima lo supe después, mucho después, en ese momento yo estaba convencido que ellos estaban haciendo obra con la plata que habían retirado.

"DR. GÓMEZ: Pero usted dice, yo estaba convencido que estaban haciendo obra, usted nos dice ahora que ustedes ejercían su propia interventoría, ¿esa interventoría no advertía que no la estaban haciendo?

"SR. COLLINS: Se estaban haciendo ahora.

"DR. GÓMEZ: ¿Si la estaban haciendo?

"SR. COLLINS: Claro, estaban haciendo obra, lo que pasa es una cosa, es una cosa, es que el cambio es muy sutil, no es que usted deje de hacer obra, lo que pasa es que usted la comienza a hacer un poco más lento, es decir, nosotros con la inyección que tuvimos de ese anticipo, nos adelantamos al cronograma que teníamos interno, ellos se comenzaron a retrasar y después cuando reventó todo fue que sabíamos, cogieron la plata que debía ser para la obra y se la llevaron para otro lado,...

"DR. ARANGO: ¿Esa operación se instrumentó en un documento?

SR. COLLINS: Sí claro.

DR. ARANGO: ¿Cómo llamaron el documento, recuerda?

SR. COLLINS: Anticipo.

DR. ARANGO: ¿Pero ahí se decía que era para invertir en la obra?

SR. COLLINS: No se decía, pero sabíamos que eran anticipos, pero doctor, usted un anticipo de una obra para dónde lo va a invertir, era tan obvio que no era para invertirlo en el Tolima, es decir, era un anticipo para esta obra, ahora, nosotros cumplimos nuestra parte y pagamos el anticipo de nuestra parte, el problema es que para yo haber podido cumplir lo que este mes entregamos, a mí me tocó pagar el anticipo mío, a mi socio le tocó pagar su anticipo y también nos tocó pagar el anticipo del Consorcio Bogotá Fusa y el anticipo de Vergel y Castellanos.

"El Estado como Estado no ha perdido un centavo, eso quiero que le quede claro, no ha perdido un centavo, por qué, porque la obra está hecha, porque la obra no ha costado un peso más, el ingreso esperado es 882 mil millones y sigue siendo 882 mil millones, entonces dónde perdió el Estado un peso, en ninguna parte, yo sí perdí, más adelante le diré dónde perdí, pero ahí perdí, mi socio y yo, el doctor Álvarez y yo somos los que hemos pagado ese anticipo que se fue para otro lado." (se subraya)

Así mismo expresó:

"DR. TABOADA: Usted en su interrogatorio mencionó que los Nule se quedaron con una plata, con cuánta plata se quedaron?

"SR. COLLINS: Inicialmente se repartió un anticipo, ... pagamos, a los Nule les quedó un saldo, no recuerdo el saldo pero les quedó un saldo; después vino una plata que la concesión le dio a los Nule, algo así como $15 mil millones, para solucionar el problema del crédito que ellos tenían con la DNE, y la plata que ellos cogieron de cuando el gobierno pagó los 190 mil ellos cogieron 25 mil, lo supe después, para la cosa de la electrificadora

pero ellos pagaron una parte, o sea, los anticipos que ellos recibieron cuánto pagaron de todos esos anticipos no sé, pero estimo más o menos que fue del orden de 40, 45 mil.

"DR. TABOADA: Que se quedaron.

"SR. COLLINS: Que no devolvieron.

"DR. TABOADA: Vergel y Castellanos se quedó con plata o no se quedó con plata?

"SR. COLLINS: Vergel y Castellanos tiene un pleito con la concesión porque la concesión parece que le dio un anticipo y no se lo han devuelto, creo que es del orden de $19 mil millones, la Litis, porque eso está en discusión."

En relación con esta operación en las aclaraciones al Dictamen Pericial de Equity se expresó[495]:

"Asimismo, los documentos de los movimientos de la Subcuenta del Otrosí 15 muestran que la totalidad de los COP 45,700 MM fue girada a los Consorcios Bogotá Fusa, Vergel y Castellanos, Promotora Montecarlo Vías Carlos Collins por concepto de Devolución Aportes Equity. Estos movimientos a su vez son soportados por las Órdenes de Operaciones Consecutivo OPE No. 0001, OPE No. 0002, OPE No 0003, OPE No. 0004, OPE No. 0005, OPE No. 0006 y OPE No. 0007 que establecen que la transferencia de fondos desde la Subcuenta Especial del Otrosí 15 se hace en virtud de una Devolución Aportes de Equity a los respectivos Consorcios."

Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que de conformidad con el texto del Otrosí 15 los recursos que se entregaron por el mismo tenían por objeto pagar al Concesionario las obras previstas en el otrosí 8, así como la operación y mantenimiento de tales obras hasta la fecha del Otrosí. Es pertinente destacar que de conformidad con el Anexo 1 de dicho Otrosí, las obras se habían ejecutado en un 32.90%.

Ahora bien, los recursos pagados por razón del Otrosí 15 ingresaron a la Concesionaria y la misma distribuyó una parte de los mismos ($45.700'000.000) entre sus subcontratistas, que eran sus socios, a título de anticipo, lo que implicaba que tales recursos debían destinarse a ejecutar obras del Contrato. Algunos de los socios destinaron dichos recursos para ejecutar las obras objeto de la concesión, pero otros lo destinaron a otros fines. Los recursos que se

[495] Cuaderno 34, página 48 del Dictamen.

entregaron a los socios (particularmente el Grupo Nule) que no los destinaron a realizar obras se perdieron para el proyecto y su monto debió ser asumido por los otros socios.

Por otra parte debe observarse que el valor de los recursos que se distribuyeron entre los subcontratistas ($45.700.000.000) era inferior al valor de las obras ejecutadas de conformidad con el Anexo No 1 del Otrosí ($61.774.220.000). Así las cosas, desde la perspectiva del contrato de concesión no puede afirmarse que los recursos que se entregaron correspondieran a obras no ejecutadas.

Ahora bien sobre el efecto financiero de la operación señalada los peritos que intervinieron en el proceso expresaron posiciones diferentes como se aprecia a continuación:

En primer lugar, Banicol en el dictamen presentado por la parte convocante en reconvención[496] se refirió a si era prudente desde el punto de vista financiero que los recursos se utilicen para distribuir utilidades entre los accionistas de la Concesión y contestó:

> *"14. Respecto del pago anticipado realizado por el INCO al Concesionario con la suscripción del Otrosí No. 15, por las obras contratadas a través del Otrosí No. 8, se puede considerar prudente desde el punto de vista financiero, que estos recursos se utilicen para distribuir utilidades entre sus accionistas? cuando dichas obras, incluido los predios requeridos para su ejecución, aún no se han ejecutado para et Proyecto Bosa-Granada-Girardot? Para su respuesta, tenga en cuenta el "Informe Técnico y de Condición" elaborado por la firma Consultora Básica de Seguros y Reaseguros - BASIC LTDA., del mes de mayo de 2009. Cuál es su opinión experta en la forma como considera que tales distribuciones de utilidades afectan et proyecto*
>
> *"De acuerdo con el "Informe Técnico y de Condición", de los recursos entregados por el INCO con la suscripción del Otrosí No. 15, el Concesionario repartió a sus accionistas la suma de Cuarenta y Cinco Mil Setecientos Millones de Pesos ($45.700.000.000). Consideramos que no es prudente desde el punto de vista financiero utilizar estos recursos para distribuir utilidades debido a que estos recursos estaban remunerando unas obras que aún no estaban ejecutadas y era obligación del Concesionario ejecutarlas. Lo prudente, desde el punto de vista financiero, hubiera sido utilizar estos recursos en la adquisición de predios y en la ejecución de las obras que se estaban remunerando y solo haber considerado la repartición*

[496] Cuaderno de Pruebas No 22, folio 22 y siguientes.

de dividendos con tos excedentes que hubieran quedado después de haber ejecutado las obras que se estaban remunerando.

"Esta distribución de utilidades afecta al Proyecto en la medida que estos recursos, de no haberse repartido vía dividendos, pudieran haber sido utilizados por el Concesionario para cumplir con sus obligaciones dentro del Contrato de Concesión, como por ejemplo, la adquisición de predios y la ejecución de las obras." (se subraya)

Por su parte el perito Equity sobre el mismo punto señaló[497]:

"SOLUCIÓN PREGUNTA 14

14.Respecto del pago anticipado realizado por el INCO al Concesionario con la suscripción del Otrosí No. 15, por las obras contratadas a través del Otrosí No. 8, se puede considerar prudente desde el punto de vista financiero, que estos recursos se utilizaran para distribuir utilidades entre los accionistas del proyecto? cuando dichas obras, incluido los predios requeridos para su ejecución, aún no se han ejecutado para el Proyecto Bosa-Granada- Girardot? Para su respuesta, tenga en cuenta el "Informe Técnico y de Condición" elaborado por la firma Consultora Básica de Seguros y Reaseguros - BASIC LTDA., del mes de mayo de 2009, aportado al expediente.

"...

"Conclusión

"Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario resaltar que el Informe Técnico y de Condición de BASIC LTDA de mayo de 2009, nunca menciona una distribución de utilidades sino que hace referencia a una repartición de recursos (COP 45,700 MM) entre los socios, razón por la cual, podría inferirse que no hubo repartición de dividendos entre los socios".(se subraya)

Señala el perito financiero que de los estados financieros de la Concesión 2007 y 2008 *"no es posible discernir bajo qué figura se hizo el reparto de los COP 45,700 MM ni el registro de los COP 24,300 MM, que según el informe quedaron en el Fideicomiso a disposición del Concesionario"*. Igualmente se refiere a los Estados Financieros del Fideicomiso 3-4-1318 Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A para el 2007 y para el Primer Trimestre de 2008, y precisa que *"las notas a los Estados Financieros no proveen información detallada, que permita inferir con claridad la figura bajo la cual se repartieron los recursos por COP*

[497] Cuaderno de Pruebas No 30, página 79 y siguientes.

45,700 MM a los socios, ni en donde se registró el saldo disponible a favor del concesionario por COP 24,300 MM." Así mismo agrega:

> *"Por su parte, retomando el tema de la distribución de utilidades, resulta fundamental aclarar que en una sociedad anónima la distribución de éstas se hace vía dividendos, y tales dividendos se reparten con las utilidades de los años fiscales anteriores. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que los COP 45,700 MM no se entregaron a los socios como dividendos, pues al revisar los Estados Financieros de la Concesión para el año 2009, período fiscal en el cual deberían haberse repartido los dividendos, no se encuentra en el patrimonio una disminución de las utilidades retenidas ni en el flujo de efectivo un desembolso por pago de dividendos.*
>
> *"...*
>
> *"Después de revisar los movimientos del mes de febrero de 2008 de la Subcuenta del Otrosí No. 15 del Fideicomiso 3-4-1318 Concesión Autopista Bogotá Girardot, no se encontró detalle sobre las operaciones descritas en el informe de BASIC LTDA, y por lo tanto, no es posible discernir qué mecanismos fueron utilizados para efectuarlas.*
>
> *"En conclusión, con la información disponible en los Estados Financieros de la Concesión, los Estados Financieros del Fideicomiso y los movimientos de las subcuenta del Otrosí No. 15 del mes de febrero de 2008, no es posible determinar si cómo se efectuó este reparto de recursos entre los socios, y en consecuencia, si fue prudente o no." (se subraya)*

Por su parte en su dictamen Nexus señaló[498]:

> *"Coincidimos en la respuesta del Perito financiero, y aclaramos que adicionalmente a lo mencionado, la cláusula 1 del Otrosí 15 establece que: "El INCO pagará al concesionario la suma de 199.939 millones por concepto de las obras contempladas y descritas en la cláusula primera del otrosí 8"*
>
> *"Parágrafo 1: El INCO pagará la suma contemplada en la presente cláusula, mediante un único desembolso que realizará en una subcuenta especial que se creará para dichos efectos en el Fideicomiso y que será de libre disposición del Concesionario."*
>
> *"De lo anterior se puede concluir, que en adición a que no se evidencia un reparto de dividendos a los socios y que los COP 45.700 millones fueron entregados a manera de anticipo de obra, el otrosí 15 claramente establece que la suma contemplada era de libre disposición del Concesionario, por lo*

[498] Cuaderno de Pruebas No 97, folio 67.

que se contaba con la capacidad de utilizar dichos recursos como los considerara conveniente. Sin embargo, reiteramos que la suma mencionada fue entregada a los socios como anticipo de obras.

"Confirma lo anterior, los oficios: CON-575-08 y GA-158-08 en los que Constructora Collins y Promotora Montecarlo solicitan a la Concesión girar un monto por concepto de anticipo de obras."

De lo expuesto por los diferentes peritos y de la declaración del señor Carlos Collins concluye el Tribunal que los recursos que fueron entregados a los diferentes socios y subcontratistas de la Concesión no lo fueron a título de dividendos, sino de anticipos.

Por otra parte en cuanto se refiere al hecho de que las operaciones que efectuó el Concesionario y a que se vienen haciendo referencia constituyan una de las causas que haya podido dar lugar a la desfinanciación del Proyecto, el perito Banicol expresó[499]:

"15. Con base en el pago de las obras contratadas a través del Otrosí No. 8 con el Otrosí No.15 financieramente es posible concluir que las operaciones que efectuó el Concesionario (distribución de utilidades), en los términos del "Informe Técnico y de Condición" (arriba citado), sean una de las causas que haya podido dar tugar a la desfinanciación del Proyecto Bosa-Granada-Girardot? impidiendo con ello la ejecución de la labor de gestión predial para la adquisición de los predios? Sírvase explicar las razones de su respuesta

"De acuerdo con el "Informe Técnico y de Condición", de los recursos entregados por el INCO con la suscripción del Otrosí No. 15, el Concesionario repartió a sus accionistas la suma de Cuarenta y Cinco Mil Setecientos Millones de Pesos ($45.700.000.000). La repartición significó claramente una salida de recursos de la Concesión hacia los accionistas.

"Ahora bien, respecto a la pregunta de si esta repartición pudo haber sido una de las causas que haya podido dar lugar a la "desfinanciación" del Proyecto, impidiendo con ello la labor de gestión predial para la adquisición de predios, consideramos que la salida de recursos de la Concesión a sus accionistas es evidentemente un mecanismo de "desfinanciación" del Proyecto, ya que de no haberse repartido esta suma de Cuarenta y Cinco Mil Setecientos Millones de Pesos ($45,700.000.000) entre los accionistas, la Concesión habría contado con estos recursos para financiar parte de sus obligaciones, entre ellas la adquisición de predios. Una vez se reparten a los accionistas estos recursos, estos dejan de estar disponibles en la Concesión para financiar obligaciones (obras, predios, costos de la concesión, etc.)."

[499] Cuaderno de Pruebas No 22, folio 23.

Sobre el mismo punto el perito Equity expresó[500]:

"SOLUCIÓN PREGUNTA 16

16.Con base en el pago de las obras contratadas a través del Otrosí No. 8, con la suscripción del Otrosí No.15, financieramente es posible concluir que las operaciones que efectuó el Concesionario (entiéndase distribución de utilidades), en los términos del "Informe Técnico y de Condición[1] (arriba citado), sean una de las causas que haya podido dar lugar a la desfinanciación del Proyecto Bosa-Granada-Girardot? impidiendo con ello la ejecución de la labor de gestión predial para la adquisición de los predios y por ende, de la ejecución de las obras propias afectas al proyecto? Sírvase explicar las razones de su respuesta.

...

"De esta manera, considerando lo manifestado en la respuesta anterior y contemplando la información disponible, no es posible dilucidar el mecanismo mediante el cual se hizo el reparto de recursos a los socios, y que por lo tanto, no puede emitirse un concepto desde el punto de vista financiero sobre la idoneidad de esta operación, resulta imposible determinar si podría o no dar lugar a la desfinanciación del proyecto.

Sin embargo, con el fin de desarrollar un análisis completo de la situación y contemplar los efectos en ambos escenarios se tiene que:

"A) La repartición de recursos entre los socios no se considera prudente financieramente

"Desde una perspectiva teórica, la distribución de utilidades en un proyecto aumenta el flujo de caja del accionista y como consecuencia mejora su TIR. Sin embargo, esta situación podría generar un conflicto de intereses entre dos de los stakeholders (Accionistas Vs. Acreedores) de la compañía, en tanto la distribución de utilidades podría estar haciéndose con recursos que deberían destinarse al pago a los acreedores o a inversiones de capital (CAPEX) del proyecto, socavando así la capacidad de generación de caja a futuro y aumentando su riesgo.

"Así pues, si los recursos que se deberían haber destinado a inversiones para la construcción de obras o al pago del servicio de la deuda se utilizaron para distribuir utilidades a los socios, el flujo de caja real del proyecto se desvió de las proyecciones esperadas, y por lo tanto, se generó una desfinanciación del mismo.

[500] Cuaderno de Pruebas No 30, folio 45.

"B) La repartición de recursos entre los socios se considera prudente financieramente

"Por otro lado, si la repartición de recursos a los socios se hubiera efectuado como anticipos de obra o pagos a los constructores, quienes eran a su vez socios de la concesión, pueden considerarse corno una operación aceptable dentro del esquema de una concesión, pues son gastos que estaban contemplados dentro del flujo de caja del proyecto. Sin embargo, es necesario analizar el monto de estos anticipos o pagos y si éstos concuerdan con la disponibilidad de flujo de caja anual.

"Asimismo, de acuerdo a lo mencionado en el Informe Técnico y de Condición BASIC LTDA en la sección 4.7 numeral 4.7.2, los aportes adicionales realizados por el concesionario con el pago del otrosí 15 suplieron las necesidades de financiación por deuda, dejando al proyecto con suficientes recursos para la financiación de las obras pendientes.

"Teniendo en cuenta lo anterior, puede Inferirse entonces que las operaciones de repartición de COP 45,700 MM a los socios, al haberse realizado como anticipos de obra o pagos a los constructores, no se consideran como una negligencia desde el punto de vista financiero y tampoco podrían constituirse como una razón para el desfinanciamiento del proyecto.

"..."

Por su parte el perito Nexus señala[501]:

"Coincidimos en la respuesta del Perito, teniendo en cuenta que los COP 45.700 fueron efectuados como anticipos de obra a los constructores. Dado que estos gastos estaban contemplados dentro del flujo de caja del proyecto, se considera prudente financieramente la repartición de dichos recursos.

"De igual forma, el Informe elaborado por BASIC, en la sección 4.7 establece: "El aporte adicional del Concesionario, con origen en los dineros entregados por el INCO por concepto del Otrosí No.15, suple la necesidad de la emisión de la Serie B de la Segunda Emisión de Bonos Ordinarios Fideicomiso Concesión Autopista Bogotá Girardot. Por lo tanto, se considerarían suficientes los recursos para el desarrollo de las obras faltantes."

[501] Cuaderno de Pruebas No 97, folio 68.

"Teniendo en cuenta lo anterior coincidimos con el perito al este afirmar que no se podría considerar como Imprudente el reparto de los COP 45.700 millones por concepto de anticipos de obras".

Sobre este punto advierte el Tribunal que tal como lo señala el experto Equity y Nexus si la distribución de los recursos por razón del Otrosí No 15 se realizó a título de anticipo de obra, es una operación aceptable dentro del esquema de una concesión, pues son gastos que estaban contemplados dentro del flujo de caja del proyecto. Por ello no es aceptable para el Tribunal la opinión de Banicol que se funda en el hecho de que la distribución se hizo a título de utilidades. Con todo debe observar el Tribunal que tal como ha quedado establecido en el proceso, los recursos que le fueron entregados a varios de los socios, contratistas (el Grupo Nule), no fueron destinados a la obra, sino fueron empleados para otros propósitos, con lo cual si bien dicha distribución no debería haber tenido efectos sobre el proyecto, finalmente si tuvo incidencias negativas en el desarrollo del mismo, pues el proyecto se quedó sin recursos que hubiera podido emplear para financiar la adquisición de predios y realizar las obras.

En cuanto a si las "operaciones" realizadas por el Concesionario con los recursos del pago de las obras contratadas a través del Otrosí No. 8, con el Otrosí No.15, pudo originar la imposibilidad para adquirir los predios, Banicol[502] expresó:

"16. Sírvase explicar si las "operaciones" realizadas por el Concesionario con los recursos del pago de las obras contratadas a través del Otrosí No. 8, con el Otrosí No.15, puede originar la imposibilidad, dificultad o mora para adquirir los predios afectos al Proyecto Bosa-Granada-Girardot

"Si la causa de las demoras o la imposibilidad en la adquisición de predios es resultado de que el Concesionario no contó o no cuenta con los recursos para la financiación de los mismos, claramente se puede concluir que la repartición de caja a los accionistas realizada con los recursos del pago del Otrosí No. 15, son una de las causas de las demoras o de la imposibilidad para adquirir los predios, por lo menos en un número de predios cuyo precio equivalga a Cuarenta y Cinco Mil Setecientos Millones de Pesos ($45.700.000.000).

"Es decir, si la Concesión no hubiera repartido Cuarenta y Cinco Mil Setecientos Millones de Pesos ($45.700.000.000) a sus accionistas, hubiera podido destinar estos recursos a la adquisición de predios".(se subraya)

Por su parte el perito Equity expresó[503]:

[502] Cuaderno de Pruebas No 22, folio 24.
[503] Cuaderno de Pruebas No 30.

"SOLUCIÓN PREGUNTA 17

"17. Sírvase explicar si las "operaciones" realizadas por el Concesionario con los recursos del pago de las obras contratadas a través del Otrosí No. 8, con la suscripción del Otrosí NO.15, puede originar la imposibilidad para adquirir los predios afectos al Proyecto Bosa-Granada- Girardot.

"....

"De esta manera, considerando que con la información disponible no se puede discernir el mecanismo con el cual se repartieron los COP 45,700 MM a los socios, y que por lo tanto, no puede emitirse un concepto sobre la idoneidad desde el punto de vista financiero de esta operación, resulta imposible determinar si podría o no haber generado la imposibilidad para adquirir los predios del proyecto.

"No obstante, en aras de efectuar un análisis integral de los efectos en ambos escenarios, se tiene que:

(el perito reitera lo expuesto en la respuesta anterior)

"..." (se subraya)

Sobre el mismo punto el perito Nexus expresa[504]:

"Coincidimos en la respuesta del Perito, teniendo en cuenta que los COP 45.700 fueron efectuados como anticipos de obra a los constructores. Dado que estos gastos estaban contemplados dentro del flujo de caja inicial del proyecto, este anticipo no debería originar la imposibilidad para adquirir los predios afectos al Proyecto.

"Adicionalmente, la cláusula 1 del Otrosí 15 establece que: "El INCO pagará al concesionario la suma de 199.939 millones por concepto de las obras contempladas y descritas en la cláusula primera del otrosí 8"

"Parágrafo 1: El INCO pagará la suma contemplada en la presente cláusula, mediante un único desembolso que realizará en una subcuenta especial que se creará para dichos efectos en el Fideicomiso y que será de libre disposición del Concesionario."

"De lo anterior se puede concluir, que en adición a que no se evidencia un reparto de dividendos a los socios y que los COP 45.700 millones fueron

[504] Cuaderno de Pruebas No 97, folio 68.

entregados a manera de anticipo de obra, el otrosí 15 claramente establece que la suma contemplada era de libre disposición del Concesionario, y que el Concesionario consideró que era prudente utilizar estos recursos para realizar anticipos de obras y así poder continuar con la construcción de las obras faltantes".

En relación con este aspecto al analizar los dictámenes llega el Tribunal a la misma conclusión ya expuesta. Como quiera que los recursos se repartieron entre los socios subcontratistas como anticipo y no como utilidades o dividendos, tal operación no tendría porque afectar la capacidad de la Concesionaria de adquirir predios. En todo caso, como quiera que algunos de los socios subcontratistas (el Grupo Nule), no invirtieron los recursos en el proyecto, sino que los destinaron a otros fines, tal hecho si afectó financieramente al proyecto y por ende su capacidad para adquirir predios.

En relación con la pregunta de si la operación que se analiza puede dar lugar a una percepción de mayor riesgo por parte de los financiadores, el perito Banicol expresa[505] expresó:

"17. Sírvase explicar si las "operaciones" realizadas por el Concesionario con los recursos del paso de las obras contratadas a través del Otrosí No. 8, con el Otrosí No.15, puede dar lugar a una percepción de mayor riesgo por parte de los financiadores frente al proyecto que impida la obtención de los mecanismos necesarios para la adquisición de predios y en general, el apalancamiento necesario para la terminación de las obras

"Por sí solo, el hecho de haber repartido recursos a los accionistas no implica generar una mayor percepción de riesgo que pueda impedir la consecución de recursos para la financiación de predios. Sin embargo, en el caso específico de la Concesión Bogotá-Girardot este hecho hay que mirarlo dentro del contexto de una serie de eventos que en conjunto han generado una mayor percepción de riesgo que evidentemente dificulta la consecución de recursos de financiación.

"...

"Entonces, cuando un inversionista o un financiador analiza un Proyecto donde históricamente se han llevado a cabo operaciones de sobrefacturación de obras para elevar así artificialmente los aportes de capital al Proyecto, ha tenido incumplimientos por parte de sus subcontratistas (los cuales eran accionistas de la Concesión) que le han generado sobrecostos de obra, ha tenido incumplimientos que lo exponen a una declaratoria de caducidad del Contrato de Concesión y adicionalmente

[505] Cuaderno de Pruebas No 22, folio 24.

se muestra que pese a todos estos hechos, tomó la decisión en el pasado de repartir recursos a sus accionistas sin haber concluido y haber tenido financiadas sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión, esto definitivamente genera una mayor percepción de riesgo y puede llevar a dificultar la consecución de recursos de deuda para financiar sus obligaciones". (se subraya)

Por su parte el perito Equity sobre este mismo punto señala[506]:

"SOLUCIÓN PREGUNTA 18

18. Sírvase explicar si las "operaciones" realizadas por el Concesionario con los recursos del pago de las obras contratadas a través del Otrosí' No. 8, con la suscripción del Otrosí NO.15, puede dar lugar a una percepción de mayor riesgo por parte de los financiadores frente al proyecto que impida la obtención de los mecanismos necesarios para (a adquisición de predios y en general, el apalancamiento necesario para la terminación de las obras."

El perito reitera lo ya expuesto en las respuestas anteriores y agrega:

"(...)

Teniendo en cuenta que con la información disponible no es posible dilucidar el mecanismo mediante el cual se hizo el reparto de recursos a los socios, y en consecuencia, determinar si esta operación es financieramente idónea, resulta difícil definir el efecto sobre el riesgo del proyecto, y por ende, en la percepción de los posibles acreedores frente a éste.

"Sin embargo, con el fin de llevar a cabo un análisis completo de ambos escenarios, puede decirse que: (el perito reitera lo ya expuesto sobre los dos escenarios posibles)

"...

"Así pues, es posible inferir que las operaciones de repartición de COP 45,700 MM a los socios no son financieramente inadecuadas, y por tanto, no podría considerarse como un factor de aumento de la percepción de riesgo por parte de los acreedores, la cual tuviera como consecuencia un impedimento a la consecución de financiación futura para desarrollar el Proyecto" (se subraya).

El perito Nexus expresa por su parte[507]:

[506] Cuaderno de Pruebas No 30.
[507] Cuaderno de Pruebas No 97, folio 69.

"Coincidimos con la respuesta del Perito, teniendo en cuenta que este reparto se realizó como un anticipo de obras, por lo que no debería afectar la percepción de los financiadores en cuanto al riesgo del Proyecto.

"Adicionalmente, el Informe elaborado por BASIC37, en la sección 4.7 establece: "El aporte adicional del Concesionario, con origen en los dineros entregados por el INCO por concepto del Otrosí No.15, suple la necesidad de la emisión de la Serie B de la Segunda Emisión de Bonos Ordinarios Fideicomiso Concesión Autopista Bogotá Girardot. Por lo tanto, se considerarían suficientes los recursos para el desarrollo de las obras faltantes."

"Teniendo en cuenta lo anterior, el concesionario cumplió a cabalidad con sus obligaciones con los financiadores, por lo que no se podría decir que esto llevó a una percepción de mayor riesgo por parte de los financiadores".

A la luz de los dictámenes transcritos es claro que la distribución de los recursos a título de anticipo entre los socios subcontratistas, no generaba por sí mismo un aumento en la percepción del riesgo por parte de los financiadores.

Finalmente, en cuanto a las causas de cambios en la calificación de los bonos emitidos por la Concesión, el perito Banicol señaló[508]:

"18. Sírvase explicar, en su concepto, las causas que han dado lugar a los cambios de la calificación de los bonos emitidos como fuente de financiación para el Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot

A través del análisis de la totalidad de las revisiones y seguimientos realizados por la calificadora de riesgo BRC Inverstor Services S.A. a la calificación otorgada a los Bonos Ordinarios Fideicomiso 3-4-1318 Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. tanto para la primera emisión como para la segunda emisión, se observa una disminución en la calificación de los bonos. Para la primera emisión, estos pasaron de tener una calificación inicial de AAA a BB+ (Crediwatch Negativo) al 13 de octubre de 2011. Para la segunda emisión, estos pasaron de tener una calificación inicial de AAA a una calificación de BB+ (Crediwatch Negativo) al 13 de octubre de 2011.

"Las razones expuestas por la calificadora de riesgos para esta disminución, las cuales describe en sus revisiones son:

"1. El incumplimiento por parte del Consorcio Bogotá-Fusa de las obras del proyecto vial Bogotá - Bosa - Girardot, que llevó a la terminación anticipada

[508] Cuaderno de Pruebas 22, folio 26.

del contrato con dicho Consorcio por incumplimiento y que tuvo como consecuencia una necesidad de caja adicional para terminar las obras pendientes

"2. El impacto negativo que tuvo sobre el Proyecto los ajustes a los estados financieros de la Concesión, en donde se vio disminuido el valor de los aportes de capital realizados a la Concesión, debido a la "operaciones de contabilización" realizadas por la compañía relacionadas con la sobrefacturación de obras ejecutadas

"3. La limitada información suministrada por la Concesión a la calificadora de riesgo

"4. La falta de definición de procedimientos claros y herramientas robustas que permitieran contar con un adecuado proceso de validación de facturas contra las actas de ejecución de obras, aprobación de las facturas para su correspondiente pago por parte de la Fiduciaria de Occidente, el adecuado registro contable de los hechos económicos, entre otros, que mitiguen los actuales riesgos operacionales y contables presentados por la Concesión.

"5. La actual posibilidad de una caducidad del contrato por parte del INCO debido a los incumplimientos presentados por el Concesionario

"6. El riesgo financiero que se deriva de la actual necesidad de adelantar el descuento de las vigencias futuras del Gobierno Nacional estipuladas en los CONPES 3535 y 3632, para alcanzar la estructura de capital requerida y definida para el Proyecto".

Por su parte el perito Equity expuso las razones de cada cambio de calificación y sintetizó dichos cambios en el siguiente cuadro:

"...

CAMBIOS DE LA CALIFICACIÓN DE RIESGO DE LA PRIMERA Y SEGUNDA EMISIÓN DE BONOS DEL FIDEICOMISO No. 3-4-1318 CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A

FECHA	CALIFICACIÓN PRIMERA EMISIÓN	CALIFICACIÓN SEGUNDA EMISIÓN		RAZONES DEL CAMBIO DE CALIFICACIÓN	RAZONES DE LA PERSPECTIVA
feb-10	AAA (Creditwatch negativo)	SERIE A	AAA (Creditwatch negativo)		Retraso en las obras a cargo del Sub contratista Consorcio Bogotá Fusa en el cronograma interno entre la Concesión y el Consorcio en lo trayectos 4, 5, 6 y 12 del Proyecto (obras de Transmilenio en el municipio de Soacha y pago oportuno a proveedores)

		SERIES	AA		
may-10	AA- (Doble A menos) Creditwatch Negativo	SERIE A	AA- (Doble A menos) Negativo	1. Efecto negativo de la recomendación de ajustes del Revisor Fiscal en el cumplimiento del indicador de estructura de capital establecido en el Prospecto (EVENTO DE INCUMPLIMIENTO) 2. Aumento de la probabilidad de retraso de las obras generado por el incumplimiento del Consorcio Bogotá 3. Limitación de la información técnica y financiera para verificar la capacidad de apoyo de los socios al proyecto	Expectativa de la propuesta de realización de aportes adicionales de Equity por parte del Concesionario y respecto a la anticipada de los bonos en la Asamblea de Tenedores de la Primera y Segunda Emisión de Bonos
		SERIE B	A- (A me nos)		
ago-10	A (A) Creditwatch Negativo	SERIE A	A (A) Creditwatch Negativo	1. Disminución del Equity del Concesionario por ajuste de aportes por retención constructores señalado por Revisor Fiscal (19 de abril de 2010) 2. Reducción del flujo de caja del proyecto por la pérdida del anticipo por incumplimiento del Consorcio Bogotá Fusa y otras sociedades integradas por el denominado Grupo Nule y el ajuste contable de CAPEX sin ejecutar 3. Aumento del riesgo de caducidad del contrato por la disminución marginal del Ingreso Mínimo Esperado debido a incumplimientos del Concesionario (cláusula 29 del Contrato de Concesión No. GG- 040-2004)	Expectativa de la propuesta de realización de aportes adicionales de Equity por parte del Concesionario y las decisiones respecto a la redención anticipada de los bonos en la Asamblea de Tenedores de la Primera y Segunda Emisión de Bonos
		SERIES	BBB (Triple B)		

dic-10	A (A) Creditwatch en desarrollo	SERIE A	A (A) Creditwatch en desarrollo	Se conserva la calificación por la mitigación del riesgo de caducidad del contrato ocasionado por el incumplimiento de la constitución de la póliza de garantía requerida en el Adicional No.1	Expectativa de la Calificadora respecto a la implementación y evolución del Adendo al Prospecto de Emisión propuesto por Sumagas S.A (Usufructuarios de Alejandro Char, MNV S.A, Gas Kpltal Gr S.A E.S.P del 70% de sus acciones, equivalente al 35% de la Concesión)
		SERIE B	BBB (Triple B)		
may-11	A -(A menos) Creditwatch Negativo	SERIE A	A - (A menos) Creditwatch Negativo	1. El riesgo de caducidad del contrato producido por la aprobación pendiente del INCO de la reprogramación de obras del Proyecto 2. El desarrollo y la implementación de las medidas estipuladas en la adenda 5 aprobada en la asamblea de tenedores del 24 de septiembre de 2010 3. El riesgo financiero asociado al descuento oportuno de las vigencias futuras para ejecución de CAPEX, compra de predios y adición de Equity (octubre de 2011)	Expectativa de las decisiones del INCO respecto *a* la reprogramación de obras y los efectos de éstas sobre el proyecto
		SERIE B	BBB- (Triple B menos)		

"..."

Al respecto el perito Nexus señala[509]:

"19. PREGUNTA 19: "Sírvase explicar en su concepto las causas que han dado lugar a los cambios de la calificación de los bonos emitidos como fuente de financiación para el Proyecto Vial Bosa- Granada-Girardot."

[509] Cuaderno de Pruebas No 97, folio 69 y siguientes.

"El Perito expone los principales cambios en las calificaciones de las dos (2) emisiones de bonos realizadas por el Concesionario y las causas por las cuales se presentaron dichos cambios, todo de conformidad con los informes emitidos por BRC Investor Services S.A.

"Si bien el Perito expresa que existieron afectaciones negativas sobre la calificación de los bonos en mención, este incumplimiento afecta directamente a los tenedores de bonos y representa un evento independiente al cumplimiento del Contrato de Concesión. Adicionalmente, la totalidad de las obras se encontraban financiadas completamente.

"Lo anterior, en la medida que dentro de las obligaciones financieras contractuales del Concesionario se encuentran aportes mínimos de capital y la acreditación del cierre financiero, tal como lo establecen las siguientes cláusulas del Contrato: i) la cláusula 9.3, en la cual el Concesionario se obliga a probar mediante certificados expedidos por la entidad fiduciaria la realización de aportes mínimos de capital por COP 85.000 millones de diciembre de 2002 en los plazos establecidos dentro del Contrato y ii) la cláusula 8.2, establece que "el Concesionario deberá contar con compromisos a su favor, que incluyan el desembolso de recursos de deuda por un valor no inferior a la suma de ciento veinticuatro mil millones de Pesos (COL$ 124.000.000.000) de diciembre de 2012". Dichas obligaciones contractuales fueron cumplidas por parte del Concesionario y verificadas por el INCO".

De lo expuesto por el perito Equity se desprende para el Tribunal con claridad las circunstancias que afectaron la calificación de los bonos emitidos por la Concesionaria. Es claro para el Tribunal que varias de estas circunstancias afectaban a la Concesionaria, pues se referían a situaciones que podían comprometer su capacidad financiera, como fue la operación de sobrefacturación o como fue la pérdida del anticipo por el incumplimiento del Grupo Nule. No comparte el Tribunal la conclusión del perito Nexus de que las afectaciones negativas a la calificación *"afecta directamente a los tenedores de bonos y representa un evento independiente al cumplimiento del Contrato de Concesión. Adicionalmente, la totalidad de las obras se encontraban financiadas completamente."* En efecto, como ya se dijo, la Concesionaría estaba igualmente obligada a financiar la adquisición predial, cosa que no hizo por carencia de recursos.

Por otra parte el señor Julio Torres expresó lo siguiente sobre el efecto en relación con la Concesión[510]:

[510] Cuaderno de Pruebas No. 33, folios 172 -178.

"DR. BENJUMEA: Se ha hablado aquí, y también lo habló usted, respecto del incumplimiento por parte de unos subcontratistas, igualmente se manifestó que esto había afectado el anticipo entregado a ellos, en este momento en qué condiciones está ese manejo del anticipo a los subcontratistas?

SR. TORRES:... de lo que se le está cobrando al liquidador, de liquidación.

"DR. BENJUMEA: Cuál fue la afectación de ese incumplimiento al proyecto en general?

"SR. TORRES: No hubo ninguna afectación ya que Álvarez & Collins contrató las obras que faltaban a un menor precio.

(...)

"DR. TABOADA: Usted dice que Montecarlo ejecutó, dijo usted en su testimonio, hace algún tipo los contratos de Vergel & Castellanos por un menor precio, a qué se refería eso?

"SR. TORRES: No los de Vergel & Castellanos, todo lo que faltaba por hacer en obra en la Concesión, para suplir lo que me preguntaron en cuanto al anticipo que se le hizo a los Nule, para decir que la concesión al su interior, los accionistas fueron los que suplieron esos dineros y no el Estado.

"DR. TABOADA: Exclusivamente los de los Nule.

"SR. TORRES: Los que perdimos fuimos nosotros.

"DR. TABOADA: Cuánto perdieron?

"SR. TORRES: No sé, sé que es el 20% de la obra.

"DR. TABOADA: Aproximadamente cuánto, cuánto es la obra?

"SR. TORRES: No,...

"DR. TABOADA: Pero usted dijo que es el 20% de la obra, a qué obra se refiere?

"SR. TORRES: Al EPC que son como $200 mil millones, estamos hablando de $40 mil millones.

"DR. TABOADA: Eso lo perdieron por razón de haber asumido el compromiso de los Nule?

"SR. TORRES:...

"DR. TABOADA: Por qué perdieron esos 40 mil?

"SR. TORRES: Porque estábamos haciendo la obra a un precio más bajo.

"DR. TABOADA: Cuál obra?

"SR. TORRES: Asumimos ese monto haciendo la obra del EPC a un precio más bajo.

"DR. TABOADA: Cuál obra?

"SR. TORRES: La obra que en su mayoría antes era del grupo Nule.... que no había dio el grupo Vergel & Castellanos y algunas obras que eran contratadas directamente por la Concesión."

Desde este punto de vista aprecia entonces el Tribunal que si bien la obra finalmente fue ejecutada por los otros socios de la Concesión, asumiendo el costo correspondiente, lo que les representó una pérdida, en todo caso para el Tribunal ello no desvirtúa el hecho de que los desvíos de recursos por parte de Nule causó de una parte un retraso en las obras, y de otra parte, afectó la capacidad financiera para realizar la gestión predial.

De todo lo anterior entonces se concluye, en primer lugar, que los recursos entregados a los asociados subcontratistas no lo fueron a título de utilidades. Dichos recursos fueron entregados a título de anticipo. En la medida en que dichos recursos fueron destinados por varios de los contratistas a la ejecución de la obra, es claro que tal hecho no afectó la capacidad financiera de la concesión. Por el contrario, como quiera que varios asociados (el Grupo Nule) destinaron los recursos a otros fines, es claro para el Tribunal que en este evento la Concesión dejó de disponer de recursos que de otra manera hubiera podido emplear en la ejecución de la obra y en la compra de predios. Como lo señala el testigo Carlos Collins ello determinó que en una parte de la construcción que estaba a cargo de otros subcontratistas (el Grupo Nule), la obra se adelantara lentamente. Si bien finalmente los recursos perdidos fueron asumidos por los otros socios, en todo caso la conducta del Grupo Nule afectó financieramente la capacidad de la concesión, tanto por el hecho de que no disponía para la concesión de los recursos que aquellos recibieron por anticipo, como porque ello afectó la percepción de riesgo de la concesión, pues ello determinó una rebaja en la calificación de los bonos. En efecto una de las causas de la modificación de la calificación de los bonos emitidos por la concesión en agosto de 2010 fue la

"Reducción del flujo de caja del proyecto por la pérdida del anticipo por incumplimiento del Consorcio Bogotá Fusa y otras sociedades integradas por el denominado Grupo Nule".

Ahora bien, es importante anotar que con posterioridad se presentaron otros factores que incidieron en la posibilidad de financiar el proyecto.

En efecto, si se revisa el dictamen pericial financiero presentado en el Tribunal Concesión Bogotá Girardot 2, que fue traslado al presente proceso, se observa que el perito Julio Villareal señala[511]:

> *"Como es posible observar en la gráfica, a partir del año 2011 el monto de las retenciones y disminuciones aplicadas al ingreso generado de la Concesión, implicó comparativamente una reducción significativa respecto al flujo de ingresos que se hubiese recibido en caso de no existir dichas retenciones y disminuciones. Por lo anterior, dado que el flujo de ingresos marginal es positivo para diferentes periodos, se puede concluir a priori que bajo la aproximación actual, el flujo de caja del proyecto se vio afectado como consecuencia de las retenciones y las disminuciones aplicadas a los ingresos generados por el Concesionario".*

Igualmente, se aprecia que con posterioridad aparecen otros factores que incidieron en la calificación de los bonos, incluyendo los riesgos de caducidad del contrato, la expectativa sobre la reprogramación de las obras, retención de peajes y disminución de ingreso.

No sobra por lo demás anotar que como se advirtió en otro aparte de este Laudo existieron también diferentes circunstancias vinculadas a la adquisición de predios, que no eran imputables al concesionario que afectaron el desarrollo de la Concesión.

Es pertinente advertir que la demandada en reconvención señala como excepción el principio pacta sunt servanda, esto es, que el Contrato es ley para las partes, pues no es posible *"señalar que un concesionario vinculado mediante contrato y sus respectivos otrosis, y de manera concreta, el otrosí 15, recibió un anticipo y lo utilizó indebidamente, generando de allí un presunto incumplimiento, desconociendo de manera temeraria el texto mismo de las disposiciones contractuales que demuestran que se pactó"* que los recursos eran de libre disposición del Concesionario.

[511] Cuaderno de Pruebas No 15, folio 146 del expediente del Proceso Arbitral Concesión Bogotá Girardot-ANI-2. página 104.

En relación con este punto considera el Tribunal necesario precisar que una cosa es que de conformidad con el Otrosí No 15 los recursos entregados fueran de libre disponibilidad, y otra cosa que en las circunstancias, la forma como se utilizaron tales recursos contribuyeron a la desfinanciación del proyecto y el incumplimiento del Concesionario de su obligación de financiar la adquisición predial.

Conclusión

Por todo lo anterior el Tribunal concluye que debe prosperar la pretensión décima séptima principal de la demanda de reconvención en cuando se solicita que se declare que han producido desfinanciación del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot *"i) la contabilización de una sobrefacturación de sus subcontratistas-accionistas, en forma directa o a través de Consorcios o Uniones Temporales, por valores que no corresponden a la real ejecución de obra, por valor de DOSCIENTOS QUINCE MIL CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($215.043'863.930,51)"*, en la medida en que dichas circunstancias afectaron la posibilidad de acudir al mercado financiero para financiar el proyecto. Así mismo, debe prosperar la pretensión en cuanto se solicita que se declare que produjo desfinanciación del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot la desvinculación del Proyecto de los recursos provenientes del pago efectuado por la entidad concedente con la suscripción del Otrosí No. 15 de las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, para repartir entre sus accionistas la suma CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($45.700'000.000,oo) sin antes terminar las obras que se le estaban remunerando con dicho pago; en lo correspondiente a los recursos entregados al Grupo Nule y a los demás subcontratistas-accionistas que no hubieran invertido estos dinero en el proyecto.

De la misma manera prosperará la pretensión decima octava principal, en el sentido de que las circunstancias anotadas son una de las causas que ha dado lugar a la paralización o atraso de la gestión y adquisición de los predios requeridos para el Proyecto Bosa-Granada-Girardot, de la ejecución de las obras afectas a este Proyecto y en consecuencia de los incumplimientos en la entrega de las obras en los plazos pactados.

En cuanto a la pretensión décima novena principal, en ella la demandante en reconvención solicita se declare que la ANI terminó prepagando el 67.1% de las obras del otrosí No 8, porque para ese momento solamente estaban terminadas el 32.9%. De lo anterior se colige que la ANI le pagó a destiempo o prematuramente una cantidad de la suma de $125.989 MM a precios de 2007 y

sobre esa cantidad es que ha de calcularse el costo de oportunidad a 2007, y actualizarse la suma a la fecha del laudo, sino fuese ese el criterio para determinar el perjuicio sufrido, entonces bien puede el Tribunal optar por aplicar la Tasa Interna de Retorno pactada en el anexo No 1 del Otrosí No 15 la cual fue estipulada para remunerar al concesionario su financiación.

Esta pretensión no puede prosperar porque de una parte, la entrega de los recursos se hizo por la ANI en virtud de una estipulación clara pactada en el Otrosí No 18, que por ello es ley para las partes, sin que la misma haya sido invalidada. Por otra parte, en todo caso, los recursos entregados por la ANI fueron destinados a ejecución de la obra del proyecto, salvo el anticipo entregado al Grupo Nule y a otros subcontratistas-accionistas, que fue destinado a otros fines, no obstante lo cual en todo caso, las obras correspondientes fueron ejecutadas por otros socios de la Concesión. Por lo demás si se aceptara que los recursos se entregaron prematuramente, el costo de oportunidad sólo podría referirse al período transcurrido entre la fecha en que se entregaron los recursos y la fecha en que efectivamente se terminaron las obras. Es claro que en el proceso no obran los elementos probatorios para calcular dicho perjuicio, por lo que el Tribunal no encuentra procedente condenar a su pago. Por lo anterior dicha pretensión habrá de negarse

Finalmente, no prospera la excepción que se denominó pacta sunt servanda, en relación con los recursos derivados del Otrosí No 15.

15. LOS PERJUICIOS POR LOS INCUMPLIMIENTOS DEL CONCESIONARIO

Las pretensiones

En relación con los perjuicios causados por la mayor permanencia en la etapa de construcción, en las pretensiones vigésima y vigésima primera de la demanda de reconvención reformada se solicitó:

> ***"VIGÉSIMA PRINCIPAL.*** *Que el H. Tribunal declare que la Entidad que represento incurrirá en perjuicios ingentes relativos a todos los costos y pagos asociados al mayor tiempo y costos relativos a la interventoría y supervisión del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot que tendrá que sufragar por la mayor permanencia que se producirá en su Etapa de Construcción por causas imputables exclusivamente a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., con base en los incumplimientos declarados por mi mandante al cronograma de obra del Otrosí No. 19, a los plazos máximos para la terminación y entrega de los Trayectos 6, 7, 8 y 9 del Proyecto y al incumplimiento en el cronograma de obra del Otrosí 18.*

*"**VIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL.** Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a pagar a mi mandante, la suma que resulte probada dentro del presente trámite arbitral, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente a la Entidad que represento.*

"Para el pago de esta suma, solicito al H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora a la tasa de interés más alta permitida por la ley colombiana, según lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena hasta la fecha del pago efectivo a favor de la Entidad que represento.

*"**Primera Subsidiaria.** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión vigésima primera principal, solicito se liquiden con base en lo previsto en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993.*

*"**Segunda Subsidiaria.** En caso de no condenar a la Concesión Bogotá Girardot S.A. al pago de los intereses de mora en los términos solicitados en la pretensión primera subsidiaria de la vigésima primera principal, que el valor a pagar se actualice con base en el IPC."*

Posición de la convocante en reconvención

Como fundamento de su pretensión la demandante en reconvención se refiere a los incumplimientos de la demandada en reconvención en la ejecución de la obra, las advertencias de la Interventoría y señala que en relación con el desarrollo de las obras del Otrosí No 18 se celebraron Contratos adicionales suscritos por el INCO con el Consorcio Concol B&C, cuyo objeto era la Interventoría técnica, administrativa, legal, operativa, financiera, predial, social y ambiental al Otrosí No 18 del Contrato de concesión No GG – 040 – 2004, esto en vista de la reprogramación de las obras a solicitud del Concesionario. A tal efecto se refiere a los Contratos Adicionales No 1, 2, 3 y 4.

Posición de la Convocada en reconvención

La demandada en reconvención se opone a estas pretensiones.

Consideraciones del Tribunal

Desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, el contratante que incumple debe resarcir a la otra parte todos los perjuicios previsibles que se causen por su incumplimiento. Adicionalmente en caso de que se acredite dolo o culpa grave, deberá resarcir incluso los perjuicios imprevisibles, siempre que los mismos sean consecuencia del incumplimiento (artículo 1616 del Código Civil). Por consiguiente, si un concesionario incumple su obligación de ejecutar la obra y ello conduce a que la entidad estatal deba prorrogar el contrato de interventoría, los costos causados por la contratación de la interventoría por el período adicional que sea necesario constituye un perjuicio para la entidad estatal que debe resarcir el contratista.

Ahora bien, si desde esta perspectiva se revisan los contratos adicionales de la Interventoría que reposan en el expediente y que invoca el demandante en reconvención se encuentra lo siguiente[512]:

El Contrato Adicional No 1 del contrato 020 del 27 de abril de 2009 tiene por objeto según su cláusula primera *"adicionar el alcance del contrato de interventoría No 020 suscrito el 27 de abril de 2009 para que EL INTERVENTOR ejecute para el INCO la Interventoría técnica, administrativa, legal, operativa, financiera, predial, social y ambiental al Otrosí No 18 del Contrato de concesión No GG – 040 – 2004(...)"*. El valor de esta adición fue de $1.390.157.920.oo incluido IVA[513].

Es claro que en la medida en que el objeto de esta adición es incluir la interventoría respecto del Otrosí 18, dicha ampliación no se justifica por un incumplimiento del Concesionario que pueda dar lugar a que deba asumir los costos correspondientes a la Interventoría.

En cuanto se refiere al Contrato Adicional No 2 del contrato 020 del 27 de abril de 2009 de Interventoría Técnica, Administrativa, Legal, Operativa, Financiera, Predial, Social, Ambiental, al Otrosí No 18 del Contrato de concesión No GG – 040 – 2004[514], por un valor de $518.272.198.oo incluido IVA, se encuentra que si se examinan los considerandos de esta adicional aparece que el mismo se celebra porque *"El concesionario mediante comunicación No. CABG-IN-0455-10 del 23 de Julio de 2010, informó sobre la necesidad de reprogramar el cronograma de obra, para la ejecución del otrosí No. 18, que fuera ampliado, dadas las mayores cantidades de redes resultantes, por lo que en reunión del 27*

[512] Cuaderno de Pruebas 38, folios 33 y siguientes.
[513] Cuaderno de Pruebas No 38, folio 34 y siguientes.
[514] Cuaderno de Pruebas No 38, folios 63 y siguientes.

de julio de 2010, con la participación de los altos directivos del INCO, se acordó dar aplicación al numeral primero de la cláusula séptima de Otrosí 18, en el sentido de extender el plazo de la entrega de las obras por cuatro meses más dado que en la ejecución de las obras civiles se presenta interferencia continua y reiterada de las redes de servicios públicos domiciliarios por lo que las partes suscribirán el acta correspondiente con el nuevo cronograma que refleje dicha situación."

"12. La Interventoría, mediante comunicado No. 01-3814-2010, radicado INCO 2010-409-016205-2 de Julio 15 de 2010, solicita suspensión del contrato Adicional 1, de conformidad con la decisión tomada en la reunión celebrada el día 15 de Julio de 2010, con participación del Gerente del Instituto Nacional de Concesiones, la Subgerente de Gestión Contractual, las asesoras Jurídicas de la entidad y la Interventoría, respecto de suspender el plazo contractual del adicional 1 del contrato 020 de 2009. Interventoría técnica, administrativa, legal, operativa, financiera, predial, social y ambiental al contrato de concesión GG-040-2004 celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones y la Sociedad Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A., dadas las dificultades que el ente gestor ha manifestado para apropiar los recursos destinados a las mayores cantidades de obras de redes del adicional No. 18 del Contrato de Concesión. En virtud de lo anterior se suscribe la respectiva Acta de Suspensión, según código SGÍ FR-017."

Como se puede apreciar este Adicional tampoco se funda en un incumplimiento del Concesionario, sino en los problemas con las redes de servicios públicos, por lo que su costo no tiene porque ser asumido por el Concesionario.

Contrato Adicional No 3 del Contrato 020 del 27 de abril de 2009[515]. En dicho adicional se incluye como considerando que justifica su celebración *"12. Que el 26 de noviembre de 2010, el INCO y La Sociedad Concesionaria suscribieron el documento modificatorio No. 1 al otrosí No. 18, en el cual estableció la reprogramación de las obras Transmilenio - Soacha, con un plazo de entrega hasta el 1 de noviembre de 2011".* El valor de esta adición fue de $1.127.918.102.oo.

En este caso si se examina el documento del INCO que justifica la firma del modificatorio al Otrosí 18, que obra en el Cuaderno de Pruebas 61, folio 364 y siguientes, se encuentra que el mismo hace referencia a las interferencias que se han presentado con las redes de servicios públicos y no a incumplimientos del

[515] Cuaderno de Pruebas No 36, folios 67 y siguientes.

contratista. Por consiguiente, la adición de este contrato no se funda en un incumplimiento del concesionario que implicara que él debe asumir el costo.

Contrato Adicional No 4 del Contrato 020 del 27 de abril de 2009[516]. En el considerando No 12 de dicho adicional se señala que *"Que en razón a que las obras ejecutables del Otrosí 18, a cargo del Concesionario no se terminarán dentro de los plazos previstos, de acuerdo a las razones expuestas en el análisis de conveniencia, ...se hace necesario su adición en plazo y valor..."*. El valor de esta adición fue de $175.141.200.oo

De acuerdo con el documento justificativo de esta adición que obra en el expediente[517], la misma se justificó porque *"las obras ejecutables del otrosí 18 a cargo del Concesionario no se terminarán dentro de los plazos previstos."*

Para el Tribunal lo anterior indica que la entidad tuvo que asumir este costo por razón del incumplimiento del Concesionario, por lo cual el valor que debió asumir la entidad estatal debe ser sufragado por el concesionario.

Por lo anterior se accederá a la pretensión vigésima principal en la cual se solicita que se declare que la Entidad demandante en reconvención incurrió en perjuicios ingentes relativos a todos los costos y pagos asociados al mayor tiempo y costos relativos a la interventoría y supervisión del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot que tuvo que sufragar por la mayor permanencia que se produjo en su Etapa de Construcción por causas imputables exclusivamente a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., tal y como ha quedado establecido.

Igualmente se accederá a la pretensión vigésima primera principal y se condenará a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a pagar a la demandante en reconvención, la suma de $175.141.200.oo dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente a dicha Entidad.

Ahora bien, en cuanto a la condena al pago de intereses de mora debe observarse que para que se causen intereses de mora debe existir una obligación liquida de pagar una suma de dinero, lo cual no ocurre cuando se condena al pago de perjuicios por el incumplimiento de una obligación distinta al pago de una suma de dinero, pues en tal caso la obligación liquida surge de la sentencia y por ello es en relación con dicha condena que deben causarse intereses.

[516] Cuaderno de Pruebas No 36, folios 36 y siguientes.
[517] Cuaderno de Pruebas 21, folio 489.

En tal sentido en sentencia del 27 agosto de 2008 (expediente No. 11001-3103-022-1997-14171-01) dijo la Corte Suprema de Justicia:

> *"Naturalmente, "a la luz de los principios generales relativos al retardo en el cumplimiento de las obligaciones, principios en los que claramente se sustenta el precepto contenido en el Art. 1080 del C. de Co., desde el momento en que de acuerdo con este precepto ha de entenderse que comienza la mora del asegurador, es decir, desde el día en que la deuda a su cargo es líquida y exigible, o mejor, lo habría sido racionalmente si no hubiere diferido sin motivo legítimo, la liquidación de la indemnización y el consiguiente pago, está obligado al resarcimiento de los daños que pueden tener expresión, ya sea en los intereses moratorios en la medida prevista en aquél precepto, o bien en la ulterior reparación de perjuicios de mayor entidad si el acreedor reclamante demuestra haberlos experimentado" (CCLV, págs. 354 y 355).*
>
> *"En consecuencia, el monto líquido de la prestación es presupuesto estructural de la obligación de pagar el capital asegurado y de la mora (in illiquidis mora non fit), razón por la cual, en ausencia de comprobación, no es exigible ni la indemnización ni la sanción moratoria".(se subraya)*

Así mismo señaló la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 29 de febrero de 2012. Referencia: 73001-3103-001-2000-00103-01:

> *"Lo anterior está en perfecta armonía con la naturaleza constitutiva de la acción ejercida y de la sentencia, desde luego, que ésta, tras hallar la existencia de los contratos, la infracción de la relación obligatoria disputada, ordenó reparar los daños causados, o sea, constituyó ex nunc, hacía el futuro y desde el pronunciamiento una nueva situación o relación jurídica mediante la condena a indemnizar los perjuicios, cuya suma líquida se concretó en la providencia y a partir de ésta, -sustituyendo el objeto inicial de la obligación por una suma de dinero-, sin que dicha prestación se debiera ex ante, por lo cual mal podría hablarse –en cuanto al monto de los perjuicios- de constitución en mora cuando esta "supone la existencia cierta e indiscutida de la respectiva obligación (...). De ahí que la 'mora en el pago solo llega a producirse cuando existe en firme una suma líquida', proyectada, obviamente, como es natural entenderlo, a la fecha de notificación de la demanda, según el artículo 90, inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, en los casos en que no ha mediado reconvención judicial previa o se establece que no se trata de una mora automática" (Sent. Cas. Civ. de 3 de noviembre de 2010, exp. 03315; subrayas fuera de texto)."*

Este principio que se expresa diciendo que no puede haber mora si la obligación es ilíquida es constantemente aplicado por la jurisprudencia española[518]. Igualmente la doctrina francesa señala que las obligaciones de pagar una suma de dinero generan intereses a partir de la mora, pero que ello no ocurre así cuando la obligación no ha sido liquidada. Así por ejemplo, la obligación de pagar daños y perjuicios sólo genera intereses desde el día en que los mismos son establecidos. Así lo consagra el legislador en Francia (ley del 5 de julio de 1985)[519]

Agrega la doctrina española[520] en relación con el principio que considera la liquidez como un presupuesto de la mora, que hay que hacer diferencias entre la absoluta concreción y determinación y la total iliquidez, hay graduaciones que no siempre merecen el mismo tratamiento. En efecto, existen casos en los cuales la determinación de la cuantía depende de una simple operación aritmética o de una circunstancia futura y externa a las partes, fijada como un criterio de determinabilidad de la prestación; existen en tanto otros casos en que "*la prestación debe quedar formada como resultado (saldo) de una cuenta. En este caso parece preciso distinguir si partidas ya estaban asentadas en la cuenta con la conformidad de las partes, o por lo menos, sin protesta de ninguna de ellas o si, por el contrario, la formación del saldo exige una previa rendición de la cuenta o una conformidad a la introducción en la cuenta de determinadas partidas*". Igualmente existen casos en que "*la determinación de la prestación sólo puede hacerse por acuerdo de las partes o subsidiariamente a través de una decisión judicial*". En todo caso se señala que si desde un principio el deudor reconoció deber una suma, sobre dicho monto debe existir mora.

Por consiguiente, es necesario distinguir entre las obligaciones cuyo monto estaba claramente determinado antes del proceso y simplemente se reconocen en la sentencia, ante la negativa del deudor, y aquellas que deben ser establecidas en el proceso.

Como quiera que en el presente caso la obligación indemnizatoria surge como consecuencia de la determinación que se hace en este Laudo, solo se puede condenar al pago de intereses de mora a partir de la ejecutoria de la misma. Por lo que se refiere al período anterior, debe actualizarse el valor debido con base en el IPC.

---

[518] Luis Diez Picazo. Derecho Civil Patrimonial. Tomo II, página 629 y siguientes. Ed Civitas. Madrid 1996.

[519] Francois Terre, Yves Simler, Yves Lequette. Droit Civil. Les Obligations. 9ª ed. Dalloz, 2005, número 1090, ver igualmente Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Obligations. Contrats et Quasi-contrats. 11 Ed Cujas París 2001, número 581

[520] Diez Picazo, Ob cit.

En la medida en que no se conoce la fecha exacta en que se realizó el pago del Adicional, observa el Tribunal que el contrato se celebró el 15 de noviembre de 2011 y se previó que el valor fijado se pagaría en dos mensualidades, por lo cual tomará como punto de partida el 15 de febrero de 2012.

Así las cosas aplicando la fórmula del Consejo de Estado se tiene que le índice de la serie de empalme del IPC para el mes de febrero de 2012 es 110,63 y el último índice disponible para diciembre de 2015 es 126,15, por lo cual el valor a actualizado a pagar es de: $199.711.311.

16. DESPLAZAMIENTO DE LAS INVERSIONES (BENEFICIOS FINANCIEROS GENERADOS POR EL DESPLAZAMIENTO DEL CRONOGRAMA DE OBRAS)

Las pretensiones

En relación con los beneficios generados por el desplazamiento en el cronograma de inversiones en la reforma a la demanda de reconvención se solicitó:

> ***"VIGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL.*** *Que se declare por el H. Tribunal que se originará un beneficio económico injustificado y antijurídico a favor de la Concesión Autopista Bogotá Girardot por el efecto financiero del desplazamiento de las inversiones en el tiempo, al no entregar las obras para su puesta en operación en los plazos máximos contractualmente establecidos en el Contrato de Concesión GG-040-2004, recibiendo durante ese periodo los ingresos derivados de los peajes, generando con ello un desequilibrio en la ecuación económica del Contrato en detrimento de los intereses de mi mandante.*
>
> ***"VIGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL.*** *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal establezca una fórmula para el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión GG-040-2004 a favor de la Entidad que represento, al quebrarse la ecuación económica del mismo como consecuencia del advenimiento de los plazos máximos contractualmente establecidos para la terminación de las obras, sin que las mismas se hayan terminado a cabalidad y satisfacción para su consecuente entrada en operación del Proyecto Vial Bogotá – Girardot.*
>
> ***"Primera Subsidiaria.*** *En caso que el H. Tribunal no acceda a las pretensiones vigésima segunda principal y vigésima tercera principal, que se declare que el desplazamiento de las inversiones en el tiempo a cargo de la*

Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. producto del incumplimiento en la entrega de las obras en el tiempo debido para ello, producirá para mi mandante un daño antijurídico con los consecuentes perjuicios que se prueben dentro presente trámite y que solicito se paguen a mi mandante dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente a la Entidad que represento.

***"Segunda Subsidiaria.** En caso de que el H. Tribunal no acceda a la pretensión primera subsidiaria a las pretensiones vigésima segunda y vigésima tercera principales, solicito que el Tribunal declare que el hecho de que el Concesionario continuara recibiendo el fruto de los peajes, aún en un monto mayor al previsto por la mayor generación de tráfico y al hecho que el Concesionario continuara recibiendo los ingresos provenientes de los aportes estatales representados en vigencias futuras, sin haber efectuado a su vez las inversiones de obra en los plazos contractualmente previstos, han generado para el Concesionario un enriquecimiento sin causa por el rendimiento que estos ingresos han producido durante el tiempo del incumplimiento en la fecha de entrega de las obras contractualmente pactadas.*

***"Tercera Subsidiaria:** Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los rendimientos generados o que se han debido generar durante el tiempo en que ha permanecido en incumplimiento para la entrega de las obras y a cualquier otro reconocimiento o indemnización que se pruebe dentro del presente trámite.*

***"VIGÉSIMA CUARTA PRINCIPAL.** Que se declare por H. Tribunal que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. recibirá un beneficio adicional, indebido y antijurídico por la menor ejecución de las labores de operación y mantenimiento que tendrá que realizar respecto del plazo total en el que obtendrá el ingreso esperado.*

***"VIGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL.** Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal establezca una fórmula para el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión GG-040-2004 a favor de la Entidad que represento, al quebrarse la ecuación económica del mismo como consecuencia de la menor ejecución de las labores de operación y mantenimiento que le corresponderán hasta la obtención del ingreso esperado.*

***"Primera Subsidiaria.** En caso que el H. Tribunal no acceda a las pretensiones vigésima cuarta principal y vigésima quinta principal, que se declare que la menor ejecución de las labores de operación y mantenimiento que tendrá que efectuarla Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. producto del incumplimiento en la entrega de las obras en el tiempo debido*

para ello, producirá para mi mandante un daño antijurídico con los consecuentes perjuicios que se prueben dentro presente trámite y que solicito se paguen a mi mandante dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente a la Entidad que represento.

***"Segunda Subsidiaria.** En caso de que el H. Tribunal no acceda a la pretensión primera subsidiaria a las pretensiones vigésima cuarta y vigésima quinta principales, solicito que el Tribunal declare que el hecho de que el Concesionario continuara recibiendo el fruto de los peajes, aún en un monto mayor al previsto por la mayor generación de tráfico y al hecho que el Concesionario continuara recibiendo los ingresos provenientes de los aportes estatales representados en vigencias futuras, sin haber efectuado a su vez las inversiones en los plazos contractualmente previstos que reducen el tiempo de ejecución de las labores de operación y mantenimiento respecto del plazo total de la concesión, han generado para el Concesionario un enriquecimiento sin causa por el rendimiento que estos ingresos han producido durante el tiempo del incumplimiento en la fecha de entrega de las obras contractualmente pactadas respecto del momento en que debió iniciar las labores de operación y mantenimiento.*

***"Tercera Subsidiaria:** Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los rendimientos generados o que se han debido generar durante el tiempo en que ha permanecido en incumplimiento para la entrega de las obras que generarán una menor ejecución de operación y mantenimiento respecto del plazo total de la concesión y a cualquier otro reconocimiento o indemnización que se pruebe dentro del presente trámite.*

***"TRIGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL.** Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. ha recibido un beneficio financiero injustificado por el efecto del desplazamiento de las inversiones producto de la celebración de los Otrosí No. 8 y Otrosí No. 19 del Contrato de Concesión No.GG-040-2004, estimado en TREINTA Y CINCO MIL MILLONES DE PESOS ($35.000'000.000, oo) corrientes, generando con ello un desequilibrio a la ecuación económica del Contrato en detrimento de los intereses de mi mandante.*

***"TRIGÉSIMA CUARTA PRINCIPAL.** Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal establezca una fórmula para el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión GG-040-2004 a favor de la Entidad que represento, al quebrarse la ecuación económica del mismo al celebrarse al Otrosí No. 19.*

***"Primera Subsidiaria.** En caso de que el H. Tribunal no acceda a las pretensiones trigésima tercera y trigésima cuarta principales, solicito que el*

Tribunal declare que el hecho de que el Concesionario continuara recibiendo el fruto de los peajes, aún en un monto mayor al previsto por la mayor generación de tráfico y al hecho que el Concesionario continuara recibiendo los ingresos provenientes de los aportes estatales representados en vigencias futuras, desplazando las inversiones en los plazos contractualmente previstos en el Otrosí No. 19, generó para el Concesionario un enriquecimiento sin causa por el rendimiento que estos ingresos han producido durante el tiempo del desplazamiento de las inversiones pactadas en dicho otrosí.

***"Segunda Subsidiaria:** Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los rendimientos generados que se han debido generar durante el tiempo en que desplazó la entrega de las obras en virtud de la celebración del Otrosí No. 19.*

***"TRIGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL.** Que se declare los que la tasa interna de retorno y la inflación tenidas en cuenta al momento de celebrar el Otrosí No. 15 con el que se pagaron las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, generaron un beneficio injustificado para la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.*

***"TRIGÉSIMA SEXTA PRINCIPAL.** Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal establezca una fórmula para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. GG-040-2004."*

Posición de la parte convocante en reconvención

Señala la demandante en reconvención que por el Otrosí No. 19 del 1° de octubre de 2009, las partes acordaron modificar el cronograma de obra que se venía ejecutando y que incluía las obras adicionadas a través del Otrosí No. 8 del 20 de septiembre de 2005, respetando el plazo total de la Etapa de Construcción, esto es, de ochenta y seis (86) meses. Agrega que el Concesionario ha venido desatendiendo el cumplimiento en la ejecución de las obras en el tiempo debido, de acuerdo con el cronograma de obra que el mismo ha propuesto a través del Otrosí No. 19. No obstante, continúa recibiendo el recaudo de los peajes y las vigencias futuras que la convocante en reconvención le continúa desembolsando en cumplimiento de las obligaciones que le son propias en el marco del Contrato de Concesión No.GG-040-2004.

Señala que esta situación trae como consecuencia para la concesión un desbalance en las cargas correlativas que se deben las partes, en tanto se generará un beneficio indebido a favor del Concesionario al, no obstante no

ejecutar las obras, continuar recibiendo ingresos por el recaudo de peajes y el ingreso de las vigencias futuras, como ya se comentó.

Agrega que este desbalance puede adoptar la forma de un desequilibrio en la ecuación económica del contrato, de un daño antijurídico al INCO o de un enriquecimiento sin causa a favor del concesionario.

Se refiere entonces al Informe *"Respuestas al Peritazgo Financiero"*, realizado por el experto financiero BANICOL – Banca de Inversión Ltda., del 15 de noviembre de 2011, y señala que el mismo evidencia el desplazamiento de los flujos de inversión hasta el año 2015. Por lo anterior señala que el Concesionario empieza a percibir un beneficio por el retraso en el cronograma de obra que se presenta a partir del año 2010 hasta el momento en que efectivamente termine las obras que ha calculado el experto financiero, BANICOL – Banca de Inversión Ltda. Agrega que para restablecer la ecuación económica del Contrato de Concesión No.GG-040-2004 a favor de la demandante en reconvención, el Concesionario debe pagar la equivalencia del beneficio que percibirá por desplazar las inversiones en el tiempo por hechos que radican en exclusiva en su cabeza.

De otra parte, expresa que el desplazamiento de las obras en el tiempo, significará para el Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot una menor ejecución de las labores de operación y mantenimiento que efectuará el Concesionario sobre la vía, no obstante estar remuneradas dichas actividades en su integridad en la forma como estas inversiones fueron programadas, teniendo como punto de partida los plazos máximos para cada Trayecto, y en general el plazo total de la concesión. Por ello sostiene que se debe compensar a la entidad demandante en reconvención de acuerdo con la metodología que propone de calcular los gastos de mantenimiento, administración y operación a partir de la fecha pactada en el Otrosí 19 para la entrega de cada uno de los trayectos de los trayectos.

Señala que está probado en el expediente que debiendo haberse entregado las obras en octubre de 2010, ello no ocurrió así, y por esa razón se suscribió el otrosí No 8, por medio del cual el plazo de entrega de las obras se extendió en dos años. Advierte que la extensión del plazo de dos años se previó para las obras incluidas en el otrosí No 8, no para la totalidad de las demás, que, en todo caso, debieron haber sido terminadas en octubre de 2010. Agrega que precisamente por esa situación fue que la CGR decretó un hallazgo fiscal en cuanto consideró que esa prolongación en la ejecución de las obras, tanto las del contrato inicial como las del otrosí 8 habían generado un perjuicio económico a la ANI, que es el que se reclama se resarza con el laudo.

Expresa que la cuantía de este perjuicio económico a precios de junio de 2011, según el hallazgo fiscal de la Contraloría General de la República, asciende a la suma de $7.347.000.000.,oo, cantidad que debe ser actualizada al momento de imponerse la condena junto con los intereses comerciales moratorios a la más alta tasa autorizada por la ley.

Señala igualmente que lo anterior se predica también de los pedimentos 33 y 34 de la demanda de reconvención, en cuanto en estas se solicita declarar que el Concesionario se lucró de un beneficio financiero injustificado como consecuencia del desplazamiento de las inversiones producto de haber celebrado los otrosíes 8 y 19 del contrato de concesión, estimado en la suma de $35.229.000.000 lo cual generó desequilibrio de la ecuación económica del contrato en detrimento de los intereses de la ANI.

A tal efecto se refiere al dictamen de Banicol. Igualmente se refiere al dictamen pericial de Equity, a los testimonios de Bernardo Henao Riveros y de Francisco Javier Forero Lozano y a las declaraciones de los expertos de BANICOL Liliana Andrea Rojas Burgos y Andrés Felipe Velasco Rojas

Posición de la convocada en reconvención

En primer lugar advierte el Tribunal que las pretensiones que se analizan fueron incluidas en la reforma a la demanda de reconvención formulada por la demandante en reconvención y la cual no fue contestada oportunamente por la demandada en reconvención. En su alegato la demandada en reconvención expuso los argumentos por los cuales consideró que dichas pretensiones no estaban llamadas a prosperar.

A tal efecto afirma que la prueba del supuesto desplazamiento de las inversiones por parte de la ANI se inicia con el informe de BANICOL (que como bien se ha dicho no es pericia sino documento interno de la ANI), que además proviene según se acredita en varios testimonios, de un Informe de Auditoría Fiscal realizado por la Contraloría General de la República.

Expresa que respecto a la validez y certidumbre de dicho ejercicio para acreditar "un beneficio económico injustificado y antijurídico a favor de CABG" se pronunciaron los diversos peritos financieros. Así Equity Investment expresó que resulta imposible cuantificar el beneficio financiero obtenido por el concesionario derivado del desplazamiento de las inversiones en el tiempo, sin embargo plantea un ejercicio académico, y determina la suma de: $16.549.000.000 Millones. Así mismo señala que perito Villarreal expresó que el ejercicio de cuantificar el desplazamiento de inversiones, tanto para la cuantificación del

OPEX como del Capex del otrosí 8, es un ejercicio inadecuado y agregó que los diversos ejercicios realizados para cuantificar el monto de los beneficios económicos de los desplazamientos presentan el mismo defecto por cuanto no se realizaron con la información y los insumos que dichos ejercicio requiere.

Señala entonces que la ANI no cumplió su carga de la prueba relativa a calcular el beneficio financiero por el desplazamiento de las inversiones por el otrosí 8 y el otrosí 19 y que hacen parte del juramento estimatorio presentado por la ANI (Estimación anticipada de perjuicios), por cuanto el mismo perito del Tribunal expresó que en virtud de la falta de insumos para realizar el ejercicio debió realizar un mero ejercicio académico.

Manifiesta, además, la demandada en reconvención que no existen inversiones forzosas en el contrato, distintas a la de interventoría y el fondeo de la subcuenta de predios durante la etapa de preconstrucción, cuyo desplazamiento genere un incumplimiento contractual, como se acredita con el contrato y sus otrosíes; que solo existe un único pacto contractual referido al desplazamiento de inversiones, el pactado en el Otrosí 15, cláusula segunda parágrafo primero; que no existe pacto contractual respecto de los otros trayectos; que los trayectos 2 y 11 se entregaron en tiempo y el trayecto 1 fue disminuido y afectado por las razones que las mismas partes determinaron en los considerandos del otrosí 23, es decir, ajenas al concesionario; que los trayectos retrasados lo fueron por razones varias, dentro de las cuales se encuentran, por predios (ver otrosí 19, entre otros); expropiaciones (ver otrosí 19); interferencias de redes de servicios públicos, situaciones todas ellas ajenas al concesionario, tal y como se acredita en distintos documentos contractuales. Que hasta el Adicional 1 del 21 de enero del 2010, las partes acreditaron en todos los documentos contractuales el cumplimiento entre ellas (sin que existan salvedades ni requerimientos); por lo que cualquier desplazamiento de las inversiones antes de dicho período resulta en contravía de su propio acuerdo.

Por lo anterior considera que no es cierto que exista un desplazamiento de inversiones ni se logró probar el beneficio injustificado y antijurídico de la concesión.

Agrega que no probó tampoco por la ANI el desequilibrio económico en la ecuación económica del contrato originado por la recepción por la Concesión de los peajes durante ese período (supuestamente el del desplazamiento), por cuanto se acreditó, mediante las pruebas periciales financieras del Tribunal 2 lo contrario: la ANI ordenó la retención de los peajes desde el mes de noviembre del 2012 y la concesión no tuvo acceso a dichos recursos.

En consecuencia, concluye la demandada en reconvención, ninguno de los supuestos de la pretensión fue probado por la ANI.

Posición del Ministerio Público

La señora Agente del Ministerio Público en su concepto final al respecto señala:

> *"Es por ello que en atención al escrito de reconvención de la Agencia, en el que menciona que el hecho de que al concesionario se le haya permitido alargar los plazos máximos, no solo demuestra el incumplimiento frente a la entrega de los trayectos dentro de los tiempos máximos establecidos y para la gestión predial, sino que a su vez permite comprobar que en consecuencia de dicho incumplimiento existió un desplazamiento de las inversiones más allá del plazo total de la etapa de construcción, lo que generó un beneficio indebido a favor del concesionario, ya que a pesar de la no ejecución completa de las obras, éste siguió recibiendo recaudos por peajes e ingresos de vigencias futuras. Lo que configura un desequilibrio económico del contrato y al parecer un enriquecimiento sin justa causa por parte del concesionario, siendo que bajo lo que se revisa del informe de respuestas al peritazgo financiero realizado por BANICOL, las inversiones dadas durante los atrasos reiterados en la ejecución, representa un beneficio para el concesionario que oscila entre $19.000'000.000.oo y $30.000'000.000.oo. de 2002."*

Consideraciones del Tribunal

Para efectos de resolver considera procedente el Tribunal, en primer lugar, hacer referencia al principio del equilibrio económico del contrato que rige la contratación estatal.

En materia de contratos del estado y particularmente en el caso de los contratos de concesión, la jurisprudencia desde principios del siglo XX consagró el principio del equilibrio económico de los contratos. A tal efecto en sentencia del 11 de marzo de 1910 en el caso Cie Francaise des Tramways el Consejo de Estado Francés reconoció el poder de la administración de modificar las condiciones de un contrato de concesión para satisfacer el servicio público, pero al mismo tiempo reconoció el derecho del contratista a un reconocimiento. De esta manera la figura del equilibrio económico del contrato surge como una contrapartida a la existencia de prerrogativas a favor de las entidades estatales. Posteriormente en sentencia del 30 de marzo de 1916 en el caso de la Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux, el Consejo de Estado Francés reconoció el restablecimiento del equilibrio económico en los casos de

imprevisión, con el fin de preservar la continuidad en la prestación del servicio público. Posteriormente, dicho principio adquiere un carácter más amplio y se reconoce también a favor de las propias entidades estatales. En este contexto el artículo 27 de la ley 80 de 1993 dispone que *"En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso"* y agrega que *"Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento"*.

Como se puede apreciar, de conformidad con la norma transcrita, el equilibrio del contrato puede alterarse para cualquiera de las partes, sea ella el contratista o la entidad estatal, y la misma tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. En concordancia con lo anterior el artículo 4°, numeral 3° de la ley 80 de 1993, dispone que las entidades estatales *"Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato"*.

De acuerdo con lo anterior el restablecimiento del equilibrio económico puede ser solicitado tanto por el contratista como por la entidad estatal y por ello el Consejo de Estado ha dicho que *"Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho o facultad del cual son titulares, en igual medida, las dos partes de la relación contractual"*[521].

Ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado *"que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de licitación o concurso, o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa; en ese contexto resulta evidente que dicha equivalencia puede verse afectada o por factores externos a las partes, los cuales están llamados a encuadrarse dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad."*[522]. Igualmente ha expresado el Consejo de Estado[523] *"La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien*

[521] Sentencia del 12 de marzo de 2014 RADICACIÓN: 41001233100019980088401
[522] Sentencia del 12 de marzo de 2014. RADICACIÓN: 41001233100019980088401
[523] Sentencia del 13 de marzo de 2013 Radicación:76001233100019960357701 Expediente:20.524

sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes."

Así mismo ha señalado el Consejo de Estado que dicho principio es medular por lo cual se encuentra inmerso en la legislación de la contratación estatal e incluso se aplica a aquellas relaciones sometidas al régimen de los particulares, cuando sea parte en ellas una entidad pública[524].

Es además pertinente señalar que algunas disposiciones de la ley 80 de 1993 tratan el incumplimiento del contrato como uno de los eventos de ruptura del equilibrio económico del contrato. En tal sentido el artículo 5° de la ley 80 de 1993 establece que *"si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato"*. Si bien en algunos pronunciamientos el Consejo de Estado ha tratado conjuntamente el incumplimiento contractual con los demás factores que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato siguiendo la fórmula de la ley 80 de 1993[525], en otros casos la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha precisado que se trata de dos conceptos distintos[526]. En efecto, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato procede aún en casos en que no se puede formular un juicio de reproche a una de las partes, en tanto que el incumplimiento del contrato supone el establecimiento de una violación del mismo, porque una de las partes no ha cumplido lo estipulado. Así mismo sus efectos, son radicalmente diferentes, pues al paso que el restablecimiento del equilibrio económico da lugar a un ajuste, para lograr el restablecimiento, en el caso de incumplimiento puede obtenerse el cumplimiento forzoso de la obligación, el resarcimiento del daño causado y aún a la terminación del vínculo contractual, bien sea por los mecanismos previstos por el ordenamiento para los contratos en general (resolución o terminación), o a través de la caducidad.

Adicionalmente, y para evitar que se lesione el derecho a la justicia para aquellas personas que siguiendo el texto de la ley 80 reclaman una indemnización de

[524] Ver por ejemplo sentencia de la Sección Tercera del 12 de marzo de 2014 radicación: 41001233100019980088401
[525] Ver por ejemplo sentencia del 29 de agosto de 2012
[526] sentencia del 27 de marzo de 2014 la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Referencia: Expediente 29214).

perjuicios por incumplimiento bajo la figura del restablecimiento del equilibrio económico, la jurisprudencia del Consejo de Estado en los casos en que ha distinguido entre restablecimiento del equilibrio económico e incumplimiento ha señalado *"que en aplicación del principio iura novit curia, corresponde al juez, frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, definir la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, sin que ello comporte la modificación de la causa petendi, es decir sin variar los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de sus pretensiones"*, por lo cual el juez debe *"realizar una interpretación armónica y sistemática de todo el texto demandatorio con el propósito de desentrañar el querer del libelista y la fuente de su reclamación, so pena de quebrantar el principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre lo puramente"*. Por lo anterior, en aquellos casos en que el juzgador encuentra que realmente lo que se formula es un juicio de reproche a la conducta de la otra parte en el cumplimiento de sus obligaciones lo que procede es analizar si existe un incumplimiento.[527]

Ahora bien, el Consejo de Estado al analizar el alcance de la ruptura del equilibrio ha precisado que no cualquier circunstancia que implique mayores costos puede tomarse en cuenta como elemento para concluir que existe una ruptura del equilibrio económico, pues el contratista en todo caso tiene un alea normal. En este sentido por ejemplo ha dicho que *"no basta probar que el Estado -entidad contratante u otra autoridad pública- profirió una medida de carácter general, mediante la cual impuso un nuevo tributo, que el mismo se hizo exigible y que el contratista tuvo que pagarlo o se vio sometido a su descuento por parte de la entidad contratante, sino que, además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida inicialmente, que el mismo se sale de toda previsión y que, además le representa una mayor onerosidad en la ejecución de la prestación a su cargo"*. Lo anterior *"pues siempre, en todo negocio, existen unos riesgos inherentes a la actividad contractual, que deben ser asumidos por el contratista"*[528]. Igualmente ha dicho que *"...el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del alea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato"*[529]. De la misma manera en sentencia del 9 de mayo de 1996 (Exp.

[527] sentencia del 27 de marzo de 2014 la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Referencia: Expediente 29214)
[528] Sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación:85001-23-31-000-1996-0025201
[529] Sentencia del 12 de marzo de 2014 Proceso: 250002325000199801478 01 (20.864)

10151), expresó el Consejo de Estado *"que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados".* Así mismo en sentencia del 25 de noviembre de 1999 (Exp. 10.873), señaló: *"La doctrina ha entendido que en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo y riesgo el alea normal de toda negociación, no así el alea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas. Lo que significa que la situación del cocontratante debe ser finalmente tal que pueda lograr la ganancia razonable que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originales".*

Así las cosas, el concesionario del Estado no tiene derecho al restablecimiento del equilibrio del contrato cuando se presenta un alea normal, sino un riesgo anormal o extraordinario, y ello supone *"un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida inicialmente"* o una afectación extraordinaria que "*afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia*". Para el Tribunal el mismo razonamiento debe aplicarse cuando es la entidad estatal la que invoca el derecho al restablecimiento del equilibrio, por consiguiente el mismo no procedería cuando se trata de cambios que son previsibles en el devenir normal de los contratos y por ello constituyen el alea normal de la ejecución contrato. A este respecto debe observarse que dentro del alea normal del Concesionario se encuentra la posibilidad de que el mismo pueda ganar más o menos, dentro de márgenes que pueden ser previsibles y ellos no dan lugar al restablecimiento del equilibrio económico, ni para el contratista cuando sufra una pérdida, ni para la entidad estatal, cuando el contratista obtenga una ganancia. En este punto ha de observarse que así como el concesionario tiene que soportar los mayores costos por los riesgos que se presenten que puedan ser previsibles, de igual manera puede beneficiarse por las mayores ganancias que logra realizar por su actuar eficiente. Por consiguiente son sólo las afectaciones extraordinarias las que pueden dar lugar al restablecimiento por virtud del principio del equilibrio económico del contrato.

Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal lo siguiente en el presente caso:

Está acreditado en el expediente que la obra objeto de la concesión no se ejecutó dentro de los plazos señalados en el Otrosí 19[530], y que, por otro lado, el

[530] Dictamen Técnico, Pregunta 23C.

Concesionario tenía en principio derecho a recibir los peajes correspondientes, los cuales fueron objeto de disminuciones y retenciones.

Debe entonces el Tribunal analizar si tales circunstancias tienen las consecuencias que se han señalado por la demandante en reconvención.

Desde esta perspectiva se aprecia que en el proceso obran diversos trabajos periciales que el Tribunal debe apreciar en conjunto para poder deducir las consecuencias que correspondan.

Así en el peritaje de parte elaborado por Banicol (en adelante el peritaje de Banicol) para la ANI se expresó[531]:

> *"20. Sírvase explicar si la inadecuada y tardía Gestión Predial puede generar un retraso de las obras en tos tiempos previstos en el programa de obra del Concesionario que puedan originar un beneficio económico a su favor, en tanto aun cuando no exista ejecución de obra habrá recaudo de los peajes cobrados a los usuarios que transitan la vía*
>
> *"La inadecuada y tardía Gestión Predial puede generar un retraso de las obras ya que de no contarse con los predios requeridos no se pueden desarrollar las obras y cumplir con los cronogramas en los tiempos previstos. No poder desarrollar las obras en los tiempos previstos hace que las erogaciones de efectivo que se requieren para la construcción de las obras se retrasen también generando un beneficio económico al Concesionario dado el valor del dinero en el tiempo. Esto bajo el entendido que la estructura de ingresos del Proyecto no cambie por tal retraso de las obras, tal cual es el caso de la Concesión Bogotá- Girardot, donde los ingresos provenientes del recaudo de peajes y de las vigencias futuras se siguieron recibiendo sin importar el retraso de las obras.*
>
> *"Para el caso específico de la Concesión Bogotá-Girardot hemos hecho un ejercicio para determinar el beneficio económico que ha tenido el Concesionario por el retraso de las obras. Para realizar este ejercicio tomamos dos cronogramas de obra:*
>
> *"El primero corresponde al cronograma de obras acordado por las partes con la suscripción del Otrosí 19 del Contrato de Concesión*
>
> *"El segundo corresponde a la propuesta de ajuste en el cronograma de obras que actualmente está proponiendo el Concesionario al INCO." (se subraya)*

[531] Cuaderno de Pruebas No 22, folios 27 y siguientes.

Después de comparar dichos cronogramas expresa Banicol:

> *"Si calculamos el valor presente de la diferencia entre ambos cronogramas utilizando para ello diferentes tasas de descuento, obtenemos los siguientes resultados:*

Compensación ($mm)	*8.0%*	*9.0%*	*10.0%*	*11.0%*	*12.0%*	*13.0%*
Precios Constantes Dic 2002	*19.455*	*21.667*	*23.837*	*25.966*	*28.056*	*30.107*

> *"Estos resultados muestran que el Concesionario tiene ahorros por la ejecución tardía de las obras entre $19.455 millones de pesos y $30.107 millones de pesos de diciembre de 2002 para un rango de tasas de descuento reales entre el 8,0% y el 13,0%.*
>
> *"Teniendo en cuenta los modelos financieros realizados para los Otrosíes Nos. 8 y 15, la tasa de descuento utilizada fue de 18,0% E.A y 11,0% real respectivamente. De esta manera para el análisis de compensación realizado, el Concesionario tendría un beneficio de $25.966 millones pesos de diciembre de 2002 a una tasa de descuento real del 11,0%." (se subraya)*

Por su parte en su dictamen financiero rendido en este proceso por Equity se expresó [532]:

> *"SOLUCIÓN PREGUNTA 22*
>
> *"22. Sírvase explicar si en la realidad de ejecución del Contrato de Concesión No. CG-040-2004 existe una optimización del negocio o si por el contrario existe un beneficio financiero indebido a favor del Concesionario, en tanto aun cuando no ha ejecutado la obra en los plazos máximos previstos contractualmente continúa recaudando los peajes cobrados a los usuarios que transitan la vía.*
>
> *"El desplazamiento en el tiempo de los egresos de un proyecto de concesión vial y la conservación de sus ingresos inalterados en el tiempo incrementa tanto el VPN como la TIR del inversionista por el concepto del valor del dinero en el tiempo, al mantenerse el valor presente de los ingresos mientras se observa una disminución del valor presente de los egresos con respecto a la situación inicial.*
>
> *"De esta manera, a partir del aumento del VPN y la TIR ocasionado por el desplazamiento de las inversiones en el tiempo, se puede inferir la existencia de un beneficio financiero para el inversionista. Sin embargo, en la realidad de ejecución del Contrato de Concesión No. GG-040-2O04*

[532] Cuaderno de Pruebas No 30.

determinar si existe un beneficio financiero indebido a favor del contratista debe realizarse desde una óptica jurídica.

"SOLUCIÓN PREGUNTA 23

"23. Sírvase establecer una metodología que permita cuantificar el beneficio financiero indebido que se ha generado a favor de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. por el desplazamiento de las inversiones en el tiempo, al no entregar las obras para su puesta en operación en los plazos máximos contractualmente establecidos en el Contrato de Concesión No. 00-040-2004, recibiendo durante dichos plazos los ingresos de los peajes, en el sentido de proceder con la cuantificación del beneficio financiero indebido que se ha generado a favor de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A producto de la aplicación de la metodología que establezca para calcular dicho beneficio.

"METODOLOGÍA PARA CUANTIFICAR EL BENEFICIO FINANCIERO

"La metodología propuesta para cuantificar el beneficio financiero del concesionario consiste en la comparación de dos escenarios: un escenario inicial y un escenario alterno.

"El escenario inicial puede equipararse al modelo financiero estimado por cuenta y riesgo del concesionario para hacer su propuesta de Ingreso Esperado. Este escenario contempla los flujos de ingresos asumidos por el concesionario en su modelo y los flujos de egresos que asumió que debía realizar durante la concesión.

"Estos egresos incluyen los gastos de obras (CAPEX), los gastos de operación y mantenimiento (OPEX), el costo de la deuda y el costo del equity. El horizonte de tiempo utilizado en esta metodología fue 16 años, el cual corresponde a la estimación del término de ejecución del contrato, de acuerdo a lo establecido en la cláusula quinta del Contrato de Concesión GG-040-2004. Por último, se tiene la tasa de descuento para este escenario, que es el WACC y se calcula a partir de la ponderación entre el costo de la deuda y del equity con sus respectivas participaciones dentro de la estructura de financiación.

"El escenario alterno se diferencia del escenario inicial únicamente en los egresos, los cuales corresponden a los modificados por el desplazamiento de las inversiones en el tiempo al que hace referencia el enunciado de la presente pregunta.

"Teniendo en cuenta la descripción de estos escenarios, los pasos a seguir para calcular el beneficio financiero son los siguientes:

"1. Se debe empezar con el escenario inicial, ingresando los datos correspondientes a los ingresos, los egresos y el WACC estimados por el concesionario. Los datos deben estar en pesos constantes de diciembre de 2002 con el fin de eliminar el efecto inflacionario.

"2. Una vez ingresados estos datos, el modelo calcula la suma de los ingresos y de los egresos, las cuales deben ser iguales al valor propuesto por el concesionario como Ingreso Esperado.

"3. Teniendo los datos correspondientes a los flujos de egresos para cada uno de los años de la concesión, el modelo calcula el valor presente de los egresos con el WACC como tasa de descuento.

"4. Este valor presente de los egresos corresponde al valor de las obras a realizar (CAPEX) y de los gastos de operación y mantenimiento (OPEX), sin incluir el costo de la deuda y del equity. Al compararse con la suma de los ingresos arroja una diferencia equivalente al WACC en pesos.

"5. Con el valor total del WACC en pesos, se halla la porción de deuda y de equity de acuerdo a la estructura de financiamiento y a los costos establecidos para cada fuente.

"6. Posteriormente, deben introducirse los datos correspondientes a los flujos de los egresos modificados por el desplazamiento de las inversiones para cada uno de los años en el escenario alterno.

"7. El modelo nuevamente calcula la suma de los ingresos y de los egresos, las cuales deben ser iguales entre sí y equivalentes al Ingreso Esperado.

"8. Dado que el modelo toma para el escenario alterno la misma tasa de descuento que en el escenario inicial, es decir, el WACC, calcula también el valor presente de los egresos para este nuevo escenario.

"Teniendo en cuenta el desplazamiento de las inversiones contemplado en este escenario, el valor presente de los egresos es menor, debido a que la tasa de descuento se mantiene y los flujos son menores en los primeros años y mayores en los años futuros.

"9. Una vez calculado el valor presente de los egresos, se halla el WACC en pesos para el escenario alterno, discriminando entre porción de deuda y porción de equity. Dado que el monto financiado por deuda se mantiene en este escenario debido a que los compromisos de deuda no se ven alterados y que el valor presente de los egresos es menor por el desplazamiento de las inversiones, el mayor valor por WACC se traslada a la porción en equity, aumentando con respecto al escenario inicial.

"10. La diferencia entre la porción en equity del WACC en pesos del escenario inicial y del escenario alterno corresponde al beneficio financiero del concesionario.

"CUANTIFICACIÓN DEL BENEFICIO FINANCIERO DEL CONCESIONARIO

"Para el desarrollo del proyecto vial Bosa-Granada-Girardot, el concesionario estimó un Ingreso Esperado de COP 882,000 MM de Diciembre de 2002, razón por la cual, se asume que, para que exista un equilibrio económico, este valor debía ser equivalente al 100% de los egresos necesarios para desarrollar el proyecto, esto es, el costo por obras, los costos de operación y mantenimiento, el costo financiero y el costo del equity. Así pues, la suma de costos por obras y operación y mantenimiento, y los costos de las fuentes de financiación deben ser iguales al Ingreso Esperado propuesto por cuenta y riesgo del concesionario.

"Sin embargo, en este caso se desconocen los flujos de los ingresos, egresos y el WACC estimados por el concesionario para la presentación de su propuesta, imposibilitando el planteamiento del escenario inicial propuesto en la metodología explicada anteriormente. Así mismo, no se conocen los egresos modificados por el desplazamiento de las inversiones en el tiempo, impidiendo, también establecer el escenario alterno.

"En conclusión, teniendo en cuenta que no se cuenta con ninguno de los inputs necesarios para crear los dos escenarios base de la metodología anteriormente descrita, resulta imposible cuantificar el beneficio financiero obtenido por el concesionario derivado del desplazamiento de las inversiones en el tiempo.

"No obstante, con el fin de ejemplificar la metodología establecida se plantea el siguiente ejercicio académico para ilustrar los efectos del desplazamiento de las inversiones en el tiempo." (se subraya)

Con dicha metodología el perito obtiene en su ejercicio académico un resultado de $16.549.000.000 Millones[533].

En relación con dicho dictamen, la parte demandada en reconvención presentó un trabajo pericial elaborado por Nexus (en adelante el Peritaje de Nexus), en el cual se expresó[534]:

[533] Página 112 del dictamen.
[534] Cuaderno de Pruebas No 97 folio 72.

"El Perito propone como metodología comparar dos escenarios: escenario inicial y escenario alterno, teniendo en cuenta los cronogramas de obras:

"Escenario Inicial: Se toma como base el modelo financiero estimado por cuenta y riesgo del Concesionario con la que hizo su propuesta de Ingreso Esperado. Se contempla los flujos de ingresos asumidos por el concesionario en su modelo y los flujos de egresos que asumió que debía realizar durante el plazo de la concesión.

"Escenario Alterno: Se diferencia del escenario inicial únicamente en los egresos, que corresponden al desplazamiento de las obras.

"Sin embargo, el Perito afirma que no cuenta con los cronogramas iniciales del Concesionario por lo que realiza un ejercicio a manera de ejemplo con montos y cronogramas estimados. Por lo anterior, no se puede considerar un modelo valido.

"Adicionalmente, como se mencionó anteriormente, en el Contrato de Concesión no existió un cronograma de obras, sino un plazo máximo de entrega de cada uno de los trayectos, conforme a lo establecido en la cláusula 9.4 del Contrato de Concesión: "El concesionario deberá ejecutar las Obras de Construcción y Rehabilitación en todos los trayectos que hacen parte del proyecto, previamente entregados por el INCO", por lo que consideramos que este ejercicio no es válido. Adicionalmente, teniendo en cuenta que este Contrato pertenece a los Contratos de tercera generación y que en estos no se conoce las variables del Concesionario en cuanto a costo de obra, opex y rentabilidad, no se puede realizar ejercicio alguno para evaluar un supuesto beneficio financiero" (se subraya)

Por otra parte en su declaración ante este Tribunal el señor Francisco Javier Forero Lozano, asesor financiero de la ANI, expresó[535]:

"DR. TABOADA: ¿Conoció usted como asesor de la ANI la discusión, si estuvo alguna, del asunto del desplazamiento de la inversión?

"SR. FORERO: Sí, cuando empezamos hablar de desplazamiento de inversiones en los diversos proyectos de concesión que manejaba el INCO en ese entonces fue porque el ente del control, la Contraloría específicamente dimensionó estos procesos financieros en su momento y había un dimensionamiento de desplazamiento de inversiones en el Concesionario Autopista Bogotá Girardot.

"DR. GÓMEZ: ¿Pero en qué consiste el desplazamiento?

[535] Cuaderno de Pruebas No 96, folios 19 y ss.

"SR. FORERO: Un desplazamiento de inversión en su forma más básica es unas inversiones que estaban programadas en un tiempo específico que no se... en ese tiempo específico. Para esto voy a ir de una forma muy general a tratar de explicarlo.

"DR. GÓMEZ: Desplazamiento en el caso concreto.

"SR. FORERO: En el caso concreto.

DR. GÓMEZ: En qué consistió.

"SR. FORERO: Consistió en lo siguiente. Según el contrato de Concesión en la cláusula, no me acuerdo el nombre de la cláusula hay unos plazos máximos otorgados para las entregas de las obras relacionadas con el contrato. El desplazamiento de inversión consiste en que en la ejecución de este propio contrato las obras no sean entregadas en ese plazo sino que sean entregadas en un plazo posterior al otorgado por el contrato inicialmente, ese es el desplazamiento de inversión. Un aumento en los tiempos de ejecución del contratista, de ejecución de las obras.

"...

"DR. ARANGO: ¿Y esos desplazamientos cómo afectan a la ANI?

"SR. FORERO: Esos desplazamientos más que afectar a la ANI genera un beneficio financiero al contratista y aparte de que,

"DR. GÓMEZ: ¿Y ustedes tienen calculado ese beneficio financiero que aquí obtuvo el contratista?

"SR. FORERO: Digamos se hizo un cálculo a través de un perito financiero del Tribunal que aportó la Agencia Nacional de Infraestructura, que es un cálculo que hizo BANICOL y creo que está como prueba el tribunal.

"...

"DR. TABOADA: Igualmente le pregunto, ¿si en su labor como asesor financiero participó en discusiones en relación con la operación y mantenimiento, la entrada de la etapa de operación y mantenimiento, la labor de operación y mantenimiento del contrato y si existieron estas discusiones entre la ANI y el Concesionario?

"SR. FORERO: Sí, el desplazamiento de cronograma también tiene implícito unos ahorros en los costos de operación y mantenimiento que debería ejecutar el contratista, nosotros en la Agencia lo evidenciamos así. Como les venía diciendo con el desplazamiento de inversiones en la Agencia creemos

que se generan unos ahorros en la operación y el mantenimiento del contratista por la siguiente digamos como formulación.

"El proyecto Bogotá Girardot es un proyecto que está dimensionado en doble calzada, es decir, que hay una calzada que va de Bogotá a Girardot y hay una calzada que viene de Girardot a Bogotá, estas calzadas alrededor de ellas tienen otras áreas que hacen parte del proceso constructivo y de ingeniería de la construcción de la vía que están... a operarse y mantenerse.

"Digamos la posición que manejamos en la Agencia es en el sentido de decir de que si en alguna de las dos calzadas la infraestructura no está construida, no se ha construido la infraestructura, básicamente lo que genera es que hay unos ahorros por el simple hecho de que si hablamos área, metros cuadrados o lo que sea, existe menos metros cuadrados para mantener y al existir menos metros cuadrados para mantener pues implícitamente hay unos ahorros.

"DR. ARANGO: ¿Cuál es el efecto de eso en los recaudos de peaje?, eso permanecen invariables.

"SR. FORERO: Sí, los recaudos de peajes no se ven afectados por los procesos constructivos, este contrato no dimensiona construcción de nuevos peajes, los peajes ya eran existentes al momento en que se entregó la vía.

"DR. ARANGO: Sí, pero el desplazamiento de las inversiones implica necesariamente que haya un mayor lapso durante el cual se van a percibir los peajes.

"SR. FORERO: No lo entiendo así doctor, porque el contrato está planteado ante un contrato de tercera generación que es que se mide por ingreso esperado, es decir, que los ingresos que va percibiendo el contratista entendidos como recaudo de peajes y licencias futuras se van tratando de unas fórmulas establecidas por el propio contrato hasta que llegue este ingreso de peajes y de vigencias futuras hasta un valor y en ese momento se terminaría el negocio concesionado.

"DR. ARANGO: Pero si aumenta el ingreso esperado, ingreso efectivo, se debe aumentar.

"SR. FORERO: No lo entiendo así porque el recaudo de peajes es un riesgo que está cedido al contratista, en qué sentido, en el sentido en que si las pendientes de tráficos son mejores o peores a las estimadas por él pues estará sujeto a eso, eso es lo único que puede llegar a variar la duración del contrato, si las pendientes de tráfico se mejoran o empeoran, es un poco complejo.

"DR. ARANGO: Entonces el ingreso esperado es neutral frente al desplazamiento de las inversiones.

"SR. FORERO: Sí señor, es neutral porque lo que tenemos que tener en cuenta es que los ingresos que fueron prometidos en el proceso licitatorio al contratista se vinieron cumpliendo, se le cedió el recaudo de peajes y se han venido pagando las inversiones, los aportes estatales.

"DR. TABOADA: ¿Cómo ha sido, si usted lo conoce, el comportamiento de los ingresos de peajes?

"SR. FORERO: Ha sido bastante bueno, el criterio, lo uso en comparación a otras vías que he manejado, no es el único contrato que he conocido dentro de la Agencia y para un trayecto concesionado que no es muy grande y que tan sólo tiene dos casetas de peajes el recaudo es bastante bueno".

Por otra parte en su declaración los señores Liliana Andrea Rojas Burgos y Andrés Felipe Velasco Rojas, expertos de Banicol manifestaron lo siguiente[536]:

"DRA. RUÁN: En la pregunta número 20 usted dice sobre los beneficios económicos a su favor, también generando, o sea que están generando un beneficio económico al Concesionario dado el valor del dinero en el tiempo, ¿ese beneficio económico usted lo contabilizó con los estados financieros del patrimonio autónomo?

"SR. VELASCO: Así es.

"DRA. RUÁN: ¿Están incorporados como beneficios económicos a favor del Concesionario en el patrimonio autónomo?

"SR. VELASCO: Se hizo con base en los datos del patrimonio autónomo cuyo beneficiario de los excedentes que resulten de ese patrimonio autónomo es el Concesionario.

"DRA. RUÁN: ¿Y ya le entregaron esos excedentes del patrimonio autónomo al Concesionario?

"SR. VELASCO: No tengo conocimiento si se los habrán entregado o no.

"DRA. RUÁN: ¿Entonces por qué usted habla de beneficios económicos?

"SR. VELASCO: ¿Por qué hablo de beneficios económicos, por la ejecución tardía de obras?

[536] Cuaderno de Pruebas No 96, folios 134 y ss.

"DRA. RUÁN: No, usted habla aquí de beneficio económico del Concesionario dado el valor del dinero en el tiempo, ¿cómo lo contabilizó, dónde está el beneficio económico?

"SR. VELASCO: El beneficio económico radica en el cronograma que hay entre las inversiones del proyecto y la recepción de ingresos del proyecto, habían unos cronogramas establecidos para los usos de recursos del proyecto que se retrasaron mientras que los ingresos del proyecto no se retrasaron, se mantuvieron, yo sigo recibiendo los peajes, recibo las vigencias futuras y atraso la inversión de obra, efectivamente se genera un beneficio porque si mis erogaciones son posteriores en el tiempo, voy a tener un beneficio económico de recibir los mismos ingresos en ese período de tiempo.

"Para ponerlo en un ejemplo sencillo, si yo invierto $100 hoy y me dicen que en un año exacto me dan $110, estoy invirtiendo una plata a una rentabilidad del 10%, si ahora me dicen, voy a recibir esos $110 en ese mismo período, pero la inversión la va a hacer un día antes, la rentabilidad no es del 10%, la rentabilidad es sustancialmente superior, entonces claro que hay un beneficio económico que tiene el Concesionario por llevar a cabo las inversiones con posterioridad a lo que establecían los cronogramas, si él le hubiera hecho las inversiones en los tiempos que son, hubiera necesitado poner recursos que no puso y que los va a poner posteriormente y esos recursos debieron haber salido ya sea de aportes de equity o de financiación y lo que no hizo fue no ponerlos, independiente de cuando me los vayan a pagar, porque entiendo el destino de su pregunta, es, si no me los han entregado todavía, por qué digo que va haber un beneficio financiero para el Concesionario, el tema no es de cuándo me los van a entregar, independiente de que me los entreguen hoy o que me los entreguen cuando termine el contrato, en el mismo caso, si me los entregan cuando termine el contrato de fiducia, los excedentes que hayan ahí, es muy diferente la rentabilidad que tengo yo si la inversión la hago en el 2002 a si la hago un año antes de que termine el contrato, la rentabilidad es absolutamente diferente.

"DRA. RUÁN: Usted ha hecho referencia a las inversiones que tenía que hacer de acuerdo con los cronogramas de obra, ¿existen inversiones obligatorias en este contrato de Concesión y en los cronogramas de obra que usted a que usted se refirió?

"SR. VELASCO: Habían unos hitos de terminaciones de obra, unos cronogramas para entrega de obras, no había un cronograma establecido que dijera, yo tengo que hacer un kilometro en esta fecha, un kilometro en esta fecha y un kilometro en esta fecha, lo que sí había era unos cronogramas o unas fechas definidas para entrega de las obras que no se cumplieron, si no se cumplieron efectivamente eso significa que no hizo las

obras en el momento en que se tenían que hacer y que las postergó en el tiempo.

"DRA. RUÁN: ¿O sea que el cronograma al que usted hace referencia en la página 27, estas no son inversiones, si le he entendido bien, son contractuales, vinculantes?

"SR. VELASCO: No, no son contractuales vinculantes respecto a que en tal año tiene que hacer un valor específico de obra y el otro otra, repito, lo que establecía el contrato son unas fechas para entregar las obras, de dónde salen estos cronogramas, estos cronogramas salen de las estimaciones que hizo el INCO y que adicionalmente hizo el Concesionario de cuál tenía que ser la velocidad de las obras para entregarlas en su momento, cuando nosotros comparamos en este cuadro cuál es el cronograma propuesto por el Concesionario, es un cronograma de obra que entregó el mismo Concesionario diciendo, para yo terminar las obras en estas nuevas fechas que estoy proponiendo, tengo que tener un cronograma de ejecución de obra de la siguiente forma.

"DRA. RUÁN: En la página 27 usted para hacer este ejercicio compara el cronograma de obra del otrosí 19, me acaba de decir que no es vinculante, que no es contractual con el ajuste al cronograma de obra propuesto por el Concesionario.

"SR. VELASCO: Así es.

"DRA. RUÁN: Y llega a esa conclusión, ¿este ajuste al cronograma de obra propuesto por el Concesionario fue propuesto por el Concesionario formalmente al INCO?

"SR. VELASCO: No sé si fue formalmente propuesto, a nosotros nos lo entregó el INCO diciéndonos que era…

"DRA. RUÁN: Yo quisiera que revisara en la documentación que usted presentó en el dictamen si lo entregó al Concesionario, quiero que lo me demuestre que lo entregó el Concesionario y formalmente.

"DR. CÁRDENAS: Si usted tiene esa información, si no contesta lo que sabe.

SR. VELASCO: Tendría que buscar si lo tenemos, como una entrega de un sellado no creo que a esto se refiere, oficial no creo que esté, pero tendríamos que revisar, lo que sí estoy absolutamente seguro, era que fue un cronograma que dentro de las negociaciones que se estaban teniendo con el Concesionario, el Concesionario había propuesto como nuevo cronograma de obras y repito, respecto al cronograma de obras del otrosí

19, no era como dice usted, un cronograma que lo estableciera el otrosí 19 como estas obras se tienen que hacer en tal fecha y tal, pero sí habían unos plazos máximos de la entrega de las obras que no se cumplieron, tanto así que no se cumplieron que dentro de la misma negociación, el mismo propio Concesionario propuso un nuevo cronograma de obras, si se hubiera cumplido no entiendo por qué iba a proponer un nuevo cronograma de obras.

"DRA. RUÁN: ¿Es una valoración jurídica que usted hace, por incumplimiento o incumplimiento?

"SR. VELASCO: Es una valoración lógica, no jurídica.

"DRA. RUÁN: Usted hace aquí una referencia del siguiente tenor, "esto bajo el entendido que la estructura de ingresos del proyecto no cambie por tal retraso de las obras tal cual es el caso de la Concesión Bogotá Girardot donde los ingresos provenientes de recaudo de peajes y de las vigencias futuras se siguieron recibiendo sin importar el retaso de las obras", le voy a hacer una pregunta sobre las vigencias futuras, ¿el Concesionario ha recibido un solo peso de vigencias futuras por obra no terminada?

"SR. VELASCO: No sé si a la fecha ha recibido algún ingresos de vigencias futuras por obras no terminadas, sé que ha recibido ingresos de vigencias futuras, pero si específicamente es de una obra que está termina o no terminada, no sé dar la respuesta.

"DRA. RUÁN: ¿Entonces a qué se refiere su respuesta a la pregunta número 20, por qué dice esto bajo el entendido que, "la estructura de ingresos del proyecto no cambie por tal retraso de las obras, tal cual es el caso de la Concesión Bogotá Girardot donde los ingresos provenientes del recaudo de peajes y de las vigencias futuras se siguieron recibiendo sin importar el retraso de las obras"?

"SR. VELASCO: De dónde viene esa respuesta, que hasta lo que tengo entendido y la información que nos entregaron, los recursos que se reciben de los peajes los recibe la concesión, no tengo entendido que los esté recibiendo el INCO ni ninguna entidad del estado.

"DRA. RUÁN: ¿O sea, usted no supo si las vigencias futuras que están unidas a la entrega de determinados trayectos se cumplieron o no con los trayectos, no le informaron?

"SR. VELASCO: La información que tenemos es que las vigencias futuras de la Concesión se entregaron y estaban programadas para entregarse en las fechas donde estaban comprometidas.

"DRA. RUÁN: ¿Esas vigencias futuras estaban condicionas a la entrega de las obras?

"SR. VELASCO: tengo entendido que no.

"DRA. RUÁN: Bajo su ejercicio realizado en respuesta a la ANI de la pregunta número 20, ¿usted consideró los trayectos entregados por la Concesión de manera anticipada?

"SR. VELASCO: No.

"DRA. RUÁN: Si la Concesión, bajo el ejercicio que usted realizó en la página 20, hubiera entregado anticipadamente obras o trayectos tendría derecho a exigir, se lo voy a poner de otras palabras, ¿eso supondría, bajo el ejercicio que usted hizo, que el INCO se benefició económicamente de la Concesión?

"SR. VELASCO: Dependiendo de la fuente de pago de esas obras adicionales que haya entregado, me explico, si entregó una obra que se pagaba en contra entrega de la obra, no hubiera habido ningún beneficio, si era una obra que se pagaba con los mismos esquemas de pago de peajes y todo y se entregó con anterioridad, habría un beneficio o más que un beneficio, habría desde el punto de vista del Concesionario un menor valor presente de sus ingresos recibidos

DRA. RUÁN: ¿O sea, no tendría beneficios o sí tendría beneficios?

SR. VELASCO: El Concesionario, si yo tengo que entregar unas obras, lo pongo de nuevo con un ejemplo que creo que lo que está preguntando es eso, si yo tengo que entregar unas obras dentro de un año y yo ejecuté las obras con anterioridad a esto, desde el punto de vista del Concesionario se afecta el Concesionario desde el punto de vista financiero, por la misma razón que les explicaba de que se beneficia si lo hace tardíamente, es absolutamente directa la relación, si lo hago después me beneficio, si lo hago antes me perjudica financieramente.

DRA. RUÁN: ¿Usted revisó si se había recibido con anterioridad obras anticipadas?

SR. VELASCO: No nos informaron.

"...

DRA. RUÁN: En ese modelo que está a página 30 que es fundamentalmente un flujo de caja, me voy a referir al flujo de caja, a miles de millones que es la parte inicial que va desde el 2011 al 2016 y hace

referencia y voy a hacer referencia de nuevo al tema de predios, ¿usted recibió esta información como nos dijo antes del INCO?

SR. VELASCO: Así es.

DRA. RUÁN: Y la recibió en el año 2001, de estos recursos del 2012, $8164 millones ¿usted revisó cuál era la fuente de estos recursos y si existía?

SR. VELASCO: La fuente de estos recursos provenía de la obligación, repito, del INCO, de pagar los mayores valores de predios 18 meses después de financiados por el Concesionario, entonces en la proyección lo que incluimos fue el momento donde el operador ponía los recursos 18 meses después... el pago del INCO de esos valores con una tasa proyectada del DTF más 7%.

DRA. RUÁN: ¿Usted tuvo en cuenta para la elaboración de este modelo, la resolución 320 del 2010 de la declaratoria a la contingencia predial?

SR. VELASCO: No.

DRA. RUÁN: ¿Usted supo o le informó el INCO que existía esa resolución?

SR. VELASCO: No, no la conocíamos.

DRA. RUÁN: ¿No conoció los montos tampoco?

SR. VELASCO: No.

DRA. RUÁN: ¿Variaría este flujo que usted realizó la existencia de esa resolución?

SR. VELASCO: Es que no sé qué dice la resolución, no sé en qué puede variar.

DRA. RUÁN: La resolución está en el expediente de manera general solamente para su respuesta, es la declaratoria a la contingencia predial y $58 mil millones destinados, una primera fase para la financiación de predios, ¿en consecuencia eso variaría estas proyecciones?

SR. VELASCO: Repito y perdone que sea insistente, no quisiera sin conocerlas saber exactamente qué es lo que dice, cómo se va a pagar.

DRA. RUÁN: Podemos verla, pero es una resolución del INCO, de julio/10, ¿a usted se la pusieron de presente para la elaboración de este modelo?

SR. VELASCO: No, como le repito, no la conozco, entonces no sabría en qué podría cambiar esta proyección, repito, esta proyección lo que asume es obviamente la obligación contractual del pago 18 meses después de la financiación por parte del Concesionario de la adquisición de predios, el INCO nos entregó un presupuesto de los valores estimados faltantes para adquisición de predios y se asumió o el INCO nos pidió que incluyéramos como proyección que esa adquisición de predios se haría en dos años para cumplir con el presupuesto de obras que el Concesionario había entregado, el modelo simplemente lo que hace es, con base en ese presupuesto de adquisición de predios, una vez financia el operador esa adquisición de predios, el modelo 18 meses después le genera el ingreso de ese valor con la tasa de interés que en el caso de lo que aparece ahí en el 2012, 2013 y 2014 de pago INCO predios, corresponde exaltantemente a esos pagos.

DRA. RUÁN: ¿O sea que definitivamente el INCO no le informó que había expedido la resolución 320 del 2010 por medio de la cual declara y reconoce la ocurrencia de una contingencia predial y los valores que estaban ahí establecidos?

SR. VELASCO: repito, no la conocimos." (se subraya)

Finalmente, en el dictamen presentado por el doctor Julio Villarreal en el Proceso Arbitral Concesión Bogotá Girardot-ANI-2 y que fue trasladado al presente proceso se expresó:

"La percepción general de una mayor permanencia en obra es que, a raíz de ella, la rentabilidad y el valor de un proyecto se ve afectado. De hecho, bajo estas situaciones, muy comúnmente se habla de presuntos perjuicios dado que los ingresos esperados por el proyecto pueden desplazarse y/o se incurre en mayores costos fijos. Pese a que en un importante número de ocasiones esto es así, el efecto final sobre la rentabilidad y valor de un proyecto siempre debe estudiarse desde una óptica multivariada y caso por caso. Aunque en general la hipótesis dominante es que la mayor permanencia en obra suele estar asociada con mayores egresos por concepto de OPEX (en particular por la presencia de costos fijos), puede suceder que los efectos sobre el CAPEX sean mixtos (por el desplazamiento de las inversiones) y por ende el impacto total de una mayor permanencia en obra sea una combinación de los dos anteriores efectos. Es por lo anterior que todo análisis de mayor permanencia en obra debe efectuarse de manera multivariada, considerando de manera simultánea la totalidad de las variables pertinentes que se ven afectadas por la mayor permanencia en obra y que por lo tanto tienen un impacto en la rentabilidad y el valor del proyecto.

"Por ejemplo, supóngase una obra hipotética que se vió afectada por un desplazamiento en el cronograma de avance de obra. Si aquí se estudia la mayor permanencia en obra, de manera univariada, sólo considerando los efectos que dicho desplazamiento en el cronograma tiene en el CAPEX (ceteris paribus, es decir sin modificar el OPEX ni otros aspectos del proyecto) se podría concluir que el desplazamiento en obra puede, en ciertos casos, tener un efecto positivo sobre la TIR del proyecto (puesto que se realizan las inversiones en fechas posteriores a las inicialmente esperadas). Análogamente, si se lleva a cabo un análisis del impacto de la mayor permanencia únicamente sobre el OPEX (dejando otros aspectos del proyecto invariantes) se podría concluir que, en ciertos casos y gracias a la existencia de costos fijos, la mayor permanencia en obra tiene un efecto negativo sobre la TIR del proyecto. En sentido estricto, ninguna conclusión anterior es pertinente, puesto que los anteriores ejercicios corresponden a un análisis simplista de estática comparativa, que conllevan a resultados parciales y locales, univariados, que no reflejarán la realidad ni el impacto global de la mayor permanencia sobre el proyecto. Para obtener un resultado global de la mayor permanencia en obra, se debe considerar de manera simultánea tanto el efecto en CAPEX como en OPEX, al igual que la totalidad de las variables relevantes que se pudieron afectar por la mayor permanencia en obra". (se subraya)

Así mismo expresó:

"Por otro lado, si se entiende remuneración como rentabilidad, el perito considera que el impacto de una mayor permanencia en obra, dejando todas las demás variables constantes, será el de una disminución en la rentabilidad del concesionario. Esto se debe a que, por ejemplo, un retraso en obras podría implicar que las inversiones se lleven a cabo en un periodo de tiempo posterior al inicialmente previsto, pero que a su vez en ese horizonte de tiempo el costo y valor de dichas inversiones aumente. Más aún, dado que principalmente los costos fijos están en función del tiempo (en algunos casos también de otros factores), es razonable entender que un desplazamiento en obras conllevaría a mayores costos fijos.

"Ahora, aclara el perito que la anterior conclusión corresponde a un análisis univariado donde únicamente se contempla un efecto de desplazar las obras, más no se tienen en cuenta muchas otras variables como cambio en ingresos, el comportamiento de otros cotos, etc. El perito responde bajo este enfoque porque así lo solicita la pregunta. Sin embargo, hacer un análisis univariado podría conllevar a resultados parciales y/o conclusiones equívocas que no necesariamente serán las mismas de hacer un análisis global de todas las variables pertinentes" (se subraya)

De todo lo expuesto resulta entonces que si bien teóricamente es posible sostener que un desplazamiento en las fechas en que deben realizarse las inversiones podría incrementar la rentabilidad del Concesionario, lo cierto es que para determinar la existencia y alcance de la mayor rentabilidad del Concesionario, es necesario hacer un ejercicio caso por caso con base en toda la información correspondiente. A este respecto debe destacarse que como lo señaló el perito Equity *"teniendo en cuenta que no se cuenta con ninguno de los inputs necesarios para crear los dos escenarios base de la metodología anteriormente descrita, resulta imposible cuantificar el beneficio financiero obtenido por el concesionario derivado del desplazamiento de las inversiones en el tiempo"* y por ello presenta un simple *"ejercicio académico para ilustrar los efectos del desplazamiento de las inversiones en el tiempo"*. Lo cual permite afirmar al perito Nexus que no se cuenta con un modelo válido. Todo lo anterior además se corrobora con el dictamen del perito Villarreal quien hace énfasis en que el análisis debe ser multivariado, *"considerando de manera simultánea la totalidad de las variables pertinentes que se ven afectadas por la mayor permanencia en obra"* pues puede suceder que el desplazamiento de las inversiones en sí mismo implique unos mayores costos, además de los costos fijos. En el presente caso no obra en el expediente un ejercicio que tome en cuenta los diversos factores que pudieron incidir en el desarrollo del proyecto, incluyendo entre otros el hecho de que el concesionario entregó anticipadamente algunos trayectos, o los problemas prediales que se presentaron respecto de algunos predios y que no son imputables al concesionario, así como la verificación de los demás costos e ingresos en el caso concreto.

Por tal razón ha de concluir el Tribunal que no es posible acceder a las pretensión vigésima segunda principal. Por lo demás, como quiera que no se dispone de los elementos necesarios para establecer una fórmula de restablecimiento del equilibrio del contrato, no se accederá tampoco a la pretensión vigésima tercera principal.

Por otra parte en cuanto a los perjuicios reclamados en la primera subsidiaria de la pretensión vigésima tercera principal, no encuentra el Tribunal acreditados los perjuicios correspondientes, por lo que la misma se negará.

En cuanto a la pretensión segunda subsidiaria en la que se solicita que se declare que el hecho de que el Concesionario continuara recibiendo el fruto de los peajes, aún en un monto mayor al previsto por la mayor generación de tráfico y al hecho que el Concesionario continuara recibiendo los ingresos provenientes de los aportes estatales representados en vigencias futuras, sin haber efectuado a su vez las inversiones de obra en los plazos contractualmente previstos, han generado para el Concesionario un enriquecimiento sin causa por el rendimiento

que estos ingresos han producido durante el tiempo del incumplimiento en la fecha de entrega de las obras contractualmente pactadas, encuentra el Tribunal lo siguiente:

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado que en esta materia sigue a la Corte Suprema de Justicia para que proceda aplicar el enriquecimiento sin causa se requiere que se reúnan los siguientes requisitos[537]:

> *"a) Un enriquecimiento que conlleva un aumento económico patrimonial en la parte enriquecida, bien porque recibe nuevos bienes o porque no tiene que gastar los que poseía.*
>
> *"b) Por empobrecimiento, que se traduce en la disminución patrimonial del actor en cualquier forma que negativamente afecte su patrimonio económico.*
>
> *"Precisamente por ese empobrecimiento es que puede ejercer la acción que se comenta.*
>
> *"c) Una relación de causalidad, es decir, que el enriquecimiento de una de las partes sea consecuencia del empobrecimiento de la otra;*
>
> *"d) Ausencia de causa, es decir, que ese enriquecimiento no tenga justificación de ninguna naturaleza, porque si la tiene, no se podría estructurar la figura;*
>
> *"e) Que el demandante no pueda ejercer otra acción diferente."*

De este modo para que proceda la acción de enriquecimiento deben acreditarse todos estos requisitos, lo que no aparece establecido en el presente proceso, pues como se vio, los peritos señalan que no es posible calcular el beneficio que pudo haber recibido el concesionario, sin contar con toda la información pertinente, y porque de otro lado, tampoco está acreditado que dicha circunstancia haya empobrecido a la entidad estatal. Por lo demás el Concesionario tiene derecho a percibir el ingreso esperado de conformidad con el contrato de concesión, por lo que tampoco aparece claramente establecida la ausencia de causa.

Así mismo, tampoco prospera, por razón de su carácter consecuencial de la anterior, la pretensión tercera subsidiaria en la que se solicita que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Concesión Autopista

[537] Sentencia de septiembre 6 de 1991. Exp. 6306, reiterada en la sentencia del 22 de julio de 2009 Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026)

Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los rendimientos generados o que se han debido generar durante el tiempo en que ha permanecido en incumplimiento para la entrega de las obras y a cualquier otro reconocimiento o indemnización que se pruebe dentro del presente trámite.

Por lo que se refiere a la pretensión vigésima cuarta principal en que se solicita se declare que la Concesión recibirá un beneficio adicional, indebido y antijurídico por la menor ejecución de las labores de operación y mantenimiento que tendrá que realizar respecto del plazo total en el que obtendrá el ingreso esperado, encuentra el Tribunal que no aparece acreditado en el expediente cuál es el beneficio indebido y antijurídico que recibirá la Concesión por la menor ejecución de dichas operaciones frente al lapso total del contrato. En efecto, en el proceso no obra la prueba de un menor costo de las labores de operación y mantenimiento. En su reforma a la demanda de reconvención la demandante en reconvención incluyó una metodología para el cálculo de los gastos de mantenimiento que se dejan de ejecutar por aplazar el cronograma establecido en el Otrosí 19, pero vale la pena señalar que en dicha metodología se señala que *"que este ejercicio esta hecho sobre la reprogramación antigua del concesionario, ya que en la reprogramación nueva no se presentó la información necesaria para poder realizar los cálculos"*, lo cual además de que proviene de cálculos de la propia demandante en reconvención, impide tomar en cuenta la estimación realizada.

Por lo demás, en un contrato como el que se examina los costos de operación y mantenimiento no son objeto de reconocimiento por separado, sino que forman parte de la ecuación del conjunto del contrato, por lo que el análisis no procede por separado, sino dentro del concepto del equilibrio del contrato, el cual como se vio supone contar con información cierta que permita establecer la ruptura del mismo.

En consecuencia de lo anterior se negará la pretensión vigésima quinta principal, en cuanto el Tribunal no puede establecer una fórmula para el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión GG-040-2004, dado que no se cuenta con la información real.

En cuanto a la pretensión primera subsidiaria de la vigésima quinta principal en la que se solicita se declare que la menor ejecución de las labores de operación y mantenimiento que tendrá que efectuar la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. producto del incumplimiento en la entrega de las obras en el tiempo debido para ello, producirá para la demandante en reconvención un daño antijurídico con los consecuentes perjuicios, encuentra el Tribunal que no aparece acreditado el daño sufrido por la entidad estatal. En efecto, no aparece

establecido que la misma haya sufrido una pérdida en su patrimonio o haya dejado de recibir un derecho, que debería haber percibido por razón de los hechos a que se refiere la pretensión. La entidad estatal otorgó a la concesionaria el derecho a percibir el peaje y a recibir unas vigencias futuras, y dichos erogaciones no se han incrementado. Así mismo la entidad estatal no tenía derecho por el contrato de concesión a recibir alguna suma del concesionario, cuyo pago no haya recibido oportunamente por hecho del concesionario. Por lo anterior no aparece acreditado un daño y por ello no se puede acceder a la pretensión de reparación de perjuicios.

En lo que se refiere a la segunda pretensión de la pretensión vigésima quinta principal, en la que se solicita se declare que el hecho de que el Concesionario continuara recibiendo el fruto de los peajes, aún en un monto mayor al previsto por la mayor generación de tráfico y al hecho que el Concesionario continuara recibiendo los ingresos provenientes de los aportes estatales representados en vigencias futuras, sin haber efectuado a su vez las inversiones en los plazos contractualmente previstos que reducen el tiempo de ejecución de las labores de operación y mantenimiento respecto del plazo total de la concesión, han generado para el Concesionario un enriquecimiento sin causa por el rendimiento que estos ingresos han producido durante el tiempo del incumplimiento en la fecha de entrega de las obras contractualmente pactadas respecto del momento en que debió iniciar las labores de operación y mantenimiento, encuentra el Tribunal que como ya se dijo la figura del enriquecimiento sin causa supone la demostración de los diferentes elementos que la estructuran, lo cual no ha ocurrido en el proceso.

En relación a la pretensión tercera subsidiaria de la vigésima quinta principal, la misma no prospera por ser consecuencial de la declaración anterior.

Por lo que se refiere a la pretensión trigésima tercera principal, en ella se solicita se declare que *"que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. ha recibido un beneficio financiero injustificado por el efecto del desplazamiento de las inversiones producto de la celebración de los Otrosí No. 8 y Otrosí No. 19 del Contrato de Concesión No.GG-040-2004, estimado en TREINTA Y CINCO MIL MILLONES DE PESOS ($35.000'000.000, oo) corrientes, generando con ello un desequilibrio a la ecuación económica del Contrato en detrimento de los intereses de mi mandante".*

En relación con esta pretensión encuentra el Tribunal que el Otrosí No 8 y el Otrosí No 9 constituyen acuerdos de voluntades que como fuentes de obligaciones generan derechos y obligaciones para las partes en los términos que fueron pactados. Dispone el artículo 1602 del Código Civil que *"Todo*

contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Este principio es aplicable a la contratación estatal, por lo que mientras dichos acuerdos se mantengan vigentes no se puede considerar que lo que allí pactado constituye un beneficio legal injustificado. Cosa distinta ocurriría si se acreditara un vicio en la celebración de dichos otrosíes, como podría ser el previsto en el artículo 838 del Código de Comercio de conformidad con el cual *"El negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado"*. Ahora bien, tal circunstancia ni ninguna otra que pudiera dar lugar a la invalidez de dichos otrosíes se ha invocado ni acreditado en el proceso, por lo que lo pactado en ellos y los derechos que de ellos derivan las partes contratantes deben respetarse.

Por lo demás, como ya se vio, en el proceso no se cuenta con elementos que permitan establecer si los beneficios que recibe el concesionario por razón de los otrosíes mencionados son mayores a los que debería recibir de conformidad con la estipulación contractual original.

Por tal razón se negará esta pretensión, así como la pretensión trigésima cuarta principal que es consecuencial, y sus subsidiarias.

Por las mismas razones que se acaban de exponer se negará igualmente la pretensión trigésima quinta principal en la que se solicita que *"se declare los que la tasa interna de retorno y la inflación tenidas en cuenta al momento de celebrar el Otrosí No. 15 con el que se pagaron las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, generaron un beneficio injustificado para la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A."* y a pretensión trigésima sexta principal, que es consecuencial a aquella.

17. MODIFICACIÓN DEL PROGRAMA DE OBRA

Las pretensiones

En relación con el programa de obra en las pretensiones de su demanda reformada la demandante solicitó:

> *"5.4. DECLARAR, que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT está en consecuencia exonerada de dar cumplimiento a los hitos de la construcción y de la programación prevista en el anexo del Otrosí*

19 al Contrato de Concesión, en aplicación del principio de la "excepción del contrato no cumplido".

"5.5. DECLARAR que el CONCESIONARIO no se encuentra en mora de cumplir lo pactado en el Contrato de Concesión No. GG-040-2004, mientras el INCO no haya dado cumplimiento a sus obligaciones en los términos contractuales establecidos

"5.6. DECLARAR como consecuencia de lo anterior, la exención de responsabilidad del CONCESIONARIO en el cumplimiento de la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión y sus Otrosíes modificatorios.

"5.7. DECLARAR que el CONCESIONARIO tiene la libertad contractual de realizar los cambios sobre la programación de la obra y sobre las inversiones que realice para el proyecto vial. Salvo en lo referente a lo previsto para la etapa contractual y la entrega de trayectos, definidos éstos como hitos dentro del Contrato de Concesión.

"6. DECLARAR que la actual programación de obra del Contrato de Concesión GG-040-2004 resulta inviable por razones no imputables al CONCESIONARIO y, en consecuencia, se determine una nueva programación que atienda las exigencias y la realidad del contrato.

"6.1. Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR que la programación que ha presentado el CONCESIONARIO, ajustada a la fecha del fallo arbitral, es la adecuada, porque incluye las circunstancias especiales del desarrollo del contrato."

Posición de la Convocante

Señala la convocante que es obligación de la **CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ-GIRARDOT**, obtener la financiación razonable para la ejecución del proyecto, en los términos que a ésta le parezcan más convenientes, siempre que se trate de riesgos asumidos por el INCO y asegurando este su asunción y su pago posterior. No obstante lo anterior, para el ejercicio de la obligación de financiación a cargo del concesionario es menester que la entidad estatal cumpla con lo requerido en la Ley y en el Contrato respecto a garantizar no sólo a la Concesión sino a los prestamistas, que está desarrollando las actuaciones tendientes a obtener el dinero que debe pagar por cualquier concepto, con cargo al Fondo de Contingencias, en los términos establecidos por la Ley 448 de 1998 y sus decretos reglamentarios.

Por lo anterior afirma que una vez superados los montos establecidos en el Contrato de Concesión No. GG-040-2004 que debían ser cubiertos por la **CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.** era deber del INCO asumir el riesgo predial y solicitar con cargo al fondo de contingencias, las sumas adicionales que se causaron o que se causarían con base en los estudios y diseños aprobados, con el fin de que el Contratista pudiese cumplir con su obligación de buscar financiación.

Advierte que el incumplimiento del INCO de su obligación de informar al Fondo de Contingencias, para que éste transfiriera los montos necesarios en un lapso de 18 meses - el establecido en el Contrato - para que la Concesión, con las debidas garantías pudiese obtener la financiación correspondiente, constituye una vulneración del principio de reciprocidad.

Agrega que también se vulnera el principio de reciprocidad en la medida en que el INCO le exige a la Concesión cumplir con la programación de obra sin tener en cuenta que es su deber de igual manera como Entidad Contratante y dueña del Proyecto la asunción del riesgo predial, el reconocimiento del mismo, y el pago de todas las sumas superiores a TREINTA Y SEIS MIL MILLONES DE PESOS DE 2002. Advierte que la dilación a este respecto del pago referido ha generado retrasos importantes en la programación de obra.

Señala que si el INCO no cumple con sus obligaciones contractuales de asunción del riesgo predial – tener disponibles los recursos necesarios, garantizar con base en el fondo de contingencias que va a obtener los mencionados recursos-, no puede exigir que la Concesión cumpla con su obligación de tener los hitos de construcción en el tiempo que señala la programación de obra, básicamente porque la imposibilidad física de cumplir con éstos, radica en gran parte en cabeza del INCO, y en virtud del principio de reciprocidad ya señalado, cuando una parte se encuentra incumplida en sus obligaciones, la otra no está obligada a cumplir las propias.

Agrega de otra parte que a través del Otrosí No. 8, el INCO ordenó ampliar el separador central de la Calzada, y se estableció la obligación de hacer más obras, hecho este que generó una obligación mayor en materia predial, y que debe ser tenido en cuenta para reprogramar las obras.

Destaca que lo anterior y la exigencia de hacer la calzada mixta de Transmilenio incrementó la necesidad de realizar gestión predial, hecho que superó el alea normal del contrato, desbordándose la obligación de la Concesión de asumir los riesgos prediales.

Insiste en que las obligaciones contractuales de la Concesión son las del alea normal, y no las anormales, como en el caso concreto y es en virtud de tal hecho, que el INCO debe restaurar las condiciones a unas que no le generen desequilibrio económico ni contractual.

Señala que no obstante lo anterior, la **CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.** con base en el principio de la buena fe contractual, se encuentra desarrollando de la mejor manera posible el Contrato de Concesión No. GG-040-2004, solicitándole siempre de manera leal con sus deberes al INCO, se amplíen los términos de la programación de obra, por unos más reales que puedan ser cumplidos por la Concesión teniendo en cuenta el sinnúmero de dificultades que han surgido en el desarrollo del Contrato.

Lo anterior, señala, aún teniendo en cuenta que la programación de obra puede ser reajustada por el Concesionario cuando éste observe una imposibilidad de cumplir con los términos, siempre que el retraso sea por causales no imputables a su culpa o negligencia, como en el caso concreto.

Señala que la posición del INCO ha sido la negativa permanente a solucionar los problemas, a reprogramar, olvidando que el contrato de concesión, éste y cualquier otro, es un instrumento dinámico de ejecución a largo plazo, basado precisamente en la posibilidad de realizar ajustes cuando ello sea necesario, de tal manera que se cumpla el objeto contractual pero más importante, se asegure el servicio público involucrado.

Reitera que los retrasos en la programación de la obra que fue establecida en el Otrosí No. 19, tienen que ver de manera exclusiva con los incumplimientos por parte del **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES**, en asuntos tales como la asunción del riesgo predial, y el pago en los términos contractuales de los mayores costos en los que incurriera el Concesionario una vez superados los TREINTA Y SEIS MIL MILLONES DE PESOS de 2002.

La posición de la demandada

Señala la convocada que ha habido un incumplimiento grave a la obligación del Concesionario en la atención del Programa de Obra que ella misma se ha impuesto en los términos del numeral 34.4 de la cláusula 34 del Contrato de Concesión GG-040-2004. Agrega que el Concesionario debe ejecutar la obra en los plazos máximos previstos en el numeral 9.4 de la cláusula 9, modificado por la cláusula cuarta del Otrosí No. 19 del 1° de octubre de 2009. Señala que si el Concesionario tiene la libertad de permitirse su propia ruta de ejecución de las obras requeridas para el proyecto, teniendo unos plazos máximos claros y

definidos ¿por qué solicita la declaratoria de inviabilidad del Programa de Obra que ella misma ha elaborado? A tal efecto advierte que el único propósito es encubrir el retraso en la ejecución de las obras, el cual ha sido originado por su propia culpa, esto es, entre otras, en su incumplimiento precedente a la gestión predial que debe ejecutar como una actividad antepuesta y esencial para que las obras del proyecto y, por ende, su operación, se puedan ejecutar.

Agrega que han coexistido otras causas para el incumplimiento en el Programa de Obra como todas aquellas que han generado reducción de ingreso, la falta de recursos necesarios para mantener el flujo de las obras, la subcontratación de los propios accionistas del Concesionario para ejecutar tramos sustanciales con jugosos anticipos que no fueron ejecutados y los otros tantos incumplimientos.

Advierte que si lo que busca el Concesionario es que dichos plazos máximos se amplíen vía el presente trámite arbitral, es pertinente señalar que el Tribunal no cuenta con la competencia para efectuar un pronunciamiento en tal sentido, toda vez que lo tiene prohibido en los términos del artículo 1551 del Código Civil que señala que *"No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar el plazo para el cumplimiento de una obligación".* Agrega que el INCO es el único al que le asiste el interés legal y contractual de señalar el momento en el cual el cumplimiento del Concesionario se repute como oportuno, íntegro y efectivo, en lo que hace a la terminación y entrega de las obras que le tiene contratadas, a su satisfacción, en el marco del Contrato de Concesión GG-040-2004.

Por otra parte señala la demandada que producto de la celebración el Otrosí No. 19 del 1° de octubre de 2009, las partes del Contrato de Concesión GG-040-2004 acordaron incorporar el cronograma de ejecución de obra presupuestado, calculado, evaluado, ajustado, elaborado y propuesto por el Concesionario para la terminación y entrega de las obras para cada uno de los trayectos del Proyecto Vial Bogotá – Girardot, en los plazos máximos estimados para ello.

Advierte que mediante oficio 01-3207-2010 del 16 de junio de 2010, la Interventoría del Contrato de Concesión GG-040-2004 inició un proceso de disminución de la remuneración del Concesionario con fundamento en el numeral 29.1.10 de la cláusula 29, esto es, por incumplimiento de la Programación de Obra. Así mismo posteriormente, y ante el atraso presentado frente a las actividades correspondientes al Centro de Control y Operación – CCO de Fusagasugá (ubicado en el Subtrayecto 7A) y la ampliación del Peaje de Chinauta (ubicado en el Subtrayecto 7C), actividades incorporadas en el Programa de Obra que se encuentra vigente de acuerdo con el Otrosí No. 19 citado, la Interventoría del contrato se vio en la obligación de iniciar un nuevo

procedimiento de disminución de ingreso a la remuneración del Concesionario, en los términos expuestos en el Oficio 01-0014-2011 del 3 de enero de 2011, toda vez que se trataba de actividades cuya culminación debía darse a más tardar el 15 de diciembre de 2010. Igualmente el 25 de marzo de 2011, la Interventoría del contrato inició otro nuevo procedimiento de disminución de ingreso a la remuneración del Concesionario por incumplimiento al Programa de Obra, en lo que tiene que ver, fundamentalmente, con la terminación del Trayecto 9 del proyecto, a través del Oficio No. 01-1751-2011.

Agrega que el Concesionario no cumplió con su compromiso contractual en lo que hace al pago que debía realizar al Ministerio de Defensa, situando los recursos necesarios en la Subcuenta de Predios para sufragar el precio debido. Esta circunstancia ha generado para la ejecución de esta variante del Trayecto 9, interferencias por parte del Ministerio de Defensa que ha reclamado, como es lógico, la falta de pago de las fajas de terreno que ha cedido para el proyecto; y que indudablemente han afectado los tiempos en que dichas obras deben ser terminadas y entregadas.

Por lo anterior concluye que los retrasos al Programa de Obra han sido originados en actos propios del Concesionario que han tenido que ver con su desatención a los compromisos adquiridos, necesarios y precedentes que permitan la ejecución de las obras en los tiempos debidos, es decir, en su incumplimiento a su obligación esencial y elementar de financiar la adquisición de los predios requeridos para el Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot.

La posición del Ministerio Público

La señora Agente del Ministerio Público en su concepto final manifestó:

> *"(...) de conformidad con los Otrosís 4, 8 y 19 no es del todo cierto que la Entidad Pública haya incurrido en incumplimientos de plazos, puesto que del acervo probatorio emerge que en virtud de los inconvenientes que el concesionario tuvo para la adquisición de los predios y dadas las reiteras solicitudes de modificación de plazos, ésta accedió a que los plazos máximos para la entrega de cada trayecto y el término para la Etapa de Construcción y Rehabilitación fuesen modificados, en concordancia con las necesidades de tiempo del concesionario; verbigracia, en el Otrosí 4 se estipuló que el plazo para la etapa en mención sería de 60 meses, en el Otrosí 8 se determinó que para la Etapa de Construcción y Rehabilitación se dispondría de un término de 86 meses y con el Otrosí 19 se pactó que la fecha máxima para culminar la Etapa de Construcción y Rehabilitación sería el 25 de octubre de 2012, otrosís que a su vez modificaron los plazos máximos establecidos en la Cláusula 9.2 para la entrega de trayectos.*

Lo anterior permite inferir que ciertamente el concesionario se encontraba incumpliendo con su obligación de entrega de trayectos en los plazos máximos pactados y que a pesar de la permisividad de la Agencia frente al cambio de plazos, el concesionario, sin embargo continúo incumpliendo en reiteradas ocasiones sobre la adquisición de bienes, tal es así que en vista de que no se encontraba en la capacidad de cumplir con la gestión predial, mediante comunicado CAB-IN- 0644-09 el concesionario reiteró su decisión de suspender unilateralmente el desarrollo de la gestión, puesto que no contaba con el presupuesto necesario para dar cumplimiento al pago de las promesas de compraventa sobre los inmuebles y menos aún para seguir concretando más promesas sobre otros bienes.

(...)

Cierto es que el concesionario tiene la facultad de proponer la modificación del cronograma, en razón de que es él el que realiza el programa; no obstante el concesionario no puede suponer que a pesar de que entre las partes, mediante un otrosí al contrato, se realice una modificación de común acuerdo sobre los plazo por él mismo determinados, posteriormente, por encima del pacto llegado entre los sujetos contractuales, aquél unilateralmente pueda modificar o peor aún, decida suspender la ejecución de la obra, en este caso de la gestión predial, sin que exista un consentimiento, aprobación o acuerdo por parte del contratante, quien, en términos contractuales, es el único facultado para modificar los términos y condiciones del contrato, en virtud de su poderes exorbitantes, siempre que acredite que dicha determinación se realizó en pro de los intereses de la Nación.

De esta forma, resulta contrario el resultado de la pretensión de la convocante, en tanto que no logró acreditar efectivamente el incumplimiento de la Agencia por las razones previamente expuestas, sino que además porque contrario a ello, en el desarrollo del derecho de defensa de la Entidad sobre esta pretensión, al mismo tiempo que contrarrestaba los argumentos del concesionario logró acreditar que ciertamente sí existió un incumplimiento en el cronograma de obra, pero que aquél no le es atribuible a la Agencia y mucho menos por las razones que expone la convocante."

Consideraciones del Tribunal

Sobre el particular considera el Tribunal:

La cláusula 34.4 de la cláusula 34 del Contrato de Concesión GG-040-2004 dispone:

"El Concesionario deberá elaborar sus propios cronogramas de trabajo y de avance mínimo de obra para la ejecución tanto de las Obras de Construcción y Rehabilitación como de las Obras Alternativas – en caso que ejerza la opción consagrada en la CLÁUSULA 3- incluidas en el Proyecto. Estos cronogramas deben permitir el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a su cargo, en especial la obligación de cumplir con los plazos máximos previstos para la realización de las obras en cada Trayecto establecidos en el numeral 9.4 de la CLÁUSULA 9."

"Con el fin de facilitar la labor de control del Interventor, el Concesionario deberá entregar al Interventor los cronogramas de trabajo y de avance de la obra a los cuales se ceñirá el Concesionario durante la ejecución de las Obras de Construcción y Rehabilitación, antes del vencimiento del quinto (5) mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución. La no entrega del cronograma, dentro del término antes señalado, dará lugar a las disminuciones en la remuneración del Contrato señaladas en la CLÁUSULA 29 del presente Contrato.

"Para la ejecución de las Obras Alternativas – en caso de que el Concesionario ejerza la opción consagrada en la CLÁUSULA 3- o las Obras de Construcción y Rehabilitación del Trayecto 7, el Concesionario deberá entregar al Interventor los cronogramas de trabajo y avance de obra a los cuales se ceñirá antes del vencimiento del décimocuarto (14) mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución. La no entrega del cronograma, dentro del término antes señalado, dará lugar a las disminuciones en la remuneración del Concesionario señaladas en la CLÁUSULA 29 del presente Contrato.

"Aunque el Interventor tiene la obligación frente al INCO de analizar los cronogramas presentados por el Concesionario y advertir y comunicar al Concesionario cualquier inconsistencia entre tales cronogramas y los plazos previstos en este Contrato para la realización de las obras, esta comunicación del Interventor o su silencio, no se entenderá como objeción o no objeción de los cronogramas entregados y no servirá de excusa al Concesionario para el no cumplimiento de los plazos acordados o para el no cumplimiento de cualquier otra de sus obligaciones bajo este Contrato. En consecuencia, el Concesionario deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento los cronogramas presentados, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de dar cumplimiento a los plazos máximos previstos para la realización de las obras en cada Trayecto establecidos en el numeral 9.3 de la CLÁUSULA 9. De estas adecuaciones o modificaciones – o de cualquier otra modificación o adecuación que se haga al cronograma inicial- el Concesionario dará noticia al Interventor, entregándole los documentos técnicos." (se subraya)

Es pertinente señalar que el numeral 9.4 de la cláusula 9, modificado por la cláusula cuarta del Otrosí No. 19 del 1° de octubre de 2009, estableció lo siguiente acerca del plazo máximo en que el Concesionario debía ejecutar cada tramo:

> *"El Concesionario deberá ejecutar las Obras de Construcción y Rehabilitación de conformidad con lo exigido en este Contrato y en sus Apéndices en todos y cada uno de los Trayectos que hacen parte del proyecto, en los siguientes plazos máximos, contados a partir de la fecha de inicio de cada uno de ellos, según el programa de obra del Concesionario.*

Trayecto	***Plazo***
Trayecto 1	*80 meses*
Trayecto 2	*6 meses*
Trayecto 3	*42 meses*
Trayecto 4	*30 meses*
Trayecto 5	*40 meses*
Trayecto 6	*31 meses*
Trayecto 7	*64 meses*
Trayecto 8	*43 meses*
Trayecto 9	*61 meses*
Trayecto 10	*24 meses*
Trayecto 11	*80 meses*
Trayecto 12	*75 meses*

> *"La culminación a satisfacción del Interventor y del INCO de las Obras de Construcción y Rehabilitación de acuerdo con lo establecido para el efecto en la CLÁUSULA 47 de este Contrato, será requisito indispensable para la suscripción del Acta de Iniciación de la Etapa de Operación en cada Trayecto.*
>
> *"En caso de incumplimiento en la entrega de los Trayectos de los plazos señalados, el Concesionario se hará acreedor a la disminución en su ingreso a que se refiere la CLÁUSULA 29, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 19.5 de la CLÁUSULA 19 de este Contrato.*
>
> *"PARÁGRAFO: En todo caso el plazo de ejecución de las obras dentro de la Etapa de Construcción y Rehabilitación no podrá sobrepasar los ochenta y seis (86) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción y Rehabilitación."*

De las cláusulas transcritas resulta que el Concesionario debía elaborar su propio cronograma de trabajo y debía entregar al Interventor los cronogramas de

trabajo y de avance de la obra antes del vencimiento del quinto (5) mes contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución. Agregó la cláusula que el Concesionario deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento los cronogramas presentados, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de dar cumplimiento a los plazos máximos previstos para la realización de las obras y que debía informar de tal modificación al Interventor. Por otra parte el Concesionario debía cumplir su cronograma mientras el mismo no hubiera sido modificado.

Es pertinente señalar que en todo caso el Concesionario debía cumplir los plazos máximos para ejecución de la obra en cada trayecto, los que estaban consagrados en la cláusula 9.4 de la cláusula 9, que fue modificada por el otrosí 19.

Por lo anterior es claro que la pretensión 5.7. en la que se solicita declarar que el CONCESIONARIO tiene la libertad contractual de realizar los cambios sobre la programación de la obra y sobre las inversiones que realice para el proyecto vial, salvo en lo referente a lo previsto para la entrega de trayectos, definidos éstos como hitos dentro del Contrato de Concesión, está llamada a prosperar.

Ahora bien, en la pretensión 6 de la demanda reformada se solicitó *"DECLARAR que la actual programación de obra del Contrato de Concesión GG-040-2004 resulta inviable por razones no imputables al CONCESIONARIO y, en consecuencia, se determine una nueva programación que atienda las exigencias y la realidad del contrato"*.

Como ya se vio, el Concesionario podía cambiar la programación si era necesario, pero debía cumplir con las fechas límites de entrega de cada tramo. Es claro entonces que en la pretensión que se analiza lo que busca es que se declare que procede una nueva programación que no se ajuste a los plazos fijados para la entrega de cada trayecto.

En relación con este punto la demandada se ha opuesto señalando que el juez no puede fijar plazos de gracia. Sobre el particular debe recordase que el artículo 1551 del Código Civil dispone:

> *"Articulo 1551.- El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.*
>
> *"No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designe, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el*

concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes."

Ahora bien, lo que esta norma busca evitar es que el juez señale un plazo de gracia que altere lo que las partes han estipulado. Una situación distinta se presenta cuando existe una razón legal que justifique que el deudor no cumpla con su obligación en el plazo estipulado.

En efecto, de una parte puede existir una fuerza mayor de carácter transitorio. La fuerza mayor exonera al deudor de su responsabilidad en el cumplimiento, pero si ella es transitoria una vez desaparecido el evento que hizo imposible cumplir la obligación, el deudor deberá cumplir el contrato, si el cumplimiento sigue siendo útil al acreedor. En tal sentido señala la doctrina [538] que el caso fortuito o la fuerza mayor liberan a deudor de su obligación, salvo, entre otros casos, cuando la imposibilidad es momentánea, evento en el cual cuando el obstáculo desaparece, el contrato que había quedado suspendido retoma sus efectos, a condición de que la ejecución sea útil y sea conforme a la intención de las partes. Igualmente se advierte que cuando la imposibilidad de ejecución es momentánea y se trata de un contrato de ejecución sucesiva, cuya fecha de ejecución no es esencial, el contrato se suspende. El deudor no es liberado pero su obligación se aplaza[539].

Así mismo, si una parte se abstiene de cumplir el contrato porque la otra no cumple la obligación a su cargo, una vez que esta última cumple, aquella deberá cumplir a su turno[540].

Puestas así las cosas, es claro que si bien el juez no puede modificar los plazos de un contrato, si puede reconocer los efectos que sobre el cumplimiento de las obligaciones tiene la fuerza mayor o la excepción de contrato no cumplido.

Desde esta perspectiva surge entonces la pregunta en el presente caso acerca de cuál fue la causa por la cual el Concesionario no cumplió los plazos máximos para la entrega de cada tramo.

Si se examina la prueba que obra en el expediente se encuentra que el perito técnico expresó:

---

[538] Francois Terre, Philippe Simler, Yves Lequette. Droit Civil. Les Obligations. 9ed Dalloz. Paris 2005, Número 583. En sentido semejante Paul Henri Antonmattei. Contribution a l'Étude de la Force Majeure. Ed LGDJ. Paris . 1992, páginas 207 y siguientes. Christian Larroument. El Contrato. Tomo Ii, ed Temis, Bogotá 1999, página 172

[539] Philippe Malaurie. Laurent Aynes. Obligations. Contrats et Quasicontrats. 11ed Cujas. Paris 2001, número 345

[540] Francois Terre, Philippe Simler, Yves Lequette. Ob cit, Número 640, Malaurie, Aynes, Ob Cit, número 474

"Pregunta 23C.

"Determinará el perito si es viable o no el programa o cronograma actual.

"La inviabilidad del programa de obra actual se entiende como la imposibilidad física de ejecutar y cumplir los trabajos descritos en el cronograma de obra vigente para el contrato de concesión, el cual fue aprobado mediante Otrosí No 19 con fecha del 1° de Octubre de 2009, y en el cual se muestran las siguientes fechas de culminación de la etapa de construcción en cada uno de los 12 trayectos que conforman el proyecto vial.

Tabla 23C - 1 Cronograma de Obra actual, Otrosí No 19

TRAYECTO	*INICIO*	*FIN*	*DURACION*
Trayecto 1	01/03/2006	25/09/2012	80 meses
Trayecto 2	04/03/2008	31/08/2008	6 meses
Trayecto 3	16/07/2008	28/12/2011	42 meses
Trayecto 4	01/09/2009	29/12/2011	30 meses
Trayecto 5	05/09/2008	19/12/2011	40 meses
Trayecto 6	01/04/2009	20/10/2011	31 meses
Trayecto 7	15/07/2006	17/10/2011	64 meses
Trayecto 8	23/03/2008	04/10/2011	43 meses
Trayecto 9	15/12/2005	22/12/2010	61 meses
Trayecto 10	02/09/2005	23/08/2007	24 meses
Trayecto 11	25/12/2005	21/07/2012	80 meses
Trayecto 12	25/07/2007	25/09/2012	75 meses

"En primer lugar es conveniente señalar que a la fecha actual de elaboración del presente dictamen pericial, y como se observa en la Tabla 23C-1 las fechas programadas por el Concesionario para la terminación de la obras de construcción de cada uno de los trayectos se encuentran vencidas, por lo que a la fecha es completamente inviable el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Concesionario mediante dicho cronograma de obra.

"El Contrato de Concesión otorgó al Concesionario una gran autonomía para la organización de sus trabajos y ha contemplado una organización general bastante razonable para que el Concesionario se organizara plenamente durante el primer año de labores de etapa de pre-construcción, durante la cual el Concesionario debería adelantar la elaboración de los diseños de

construcción de las obras a ser ejecutadas, desarrollar un amplio trabajo de identificación de los predios a ser adquiridos oportunamente para lograr mayor eficiencia en la ejecución de los trabajos de construcción vial, y llevar a cabo unos trabajos de planeación organizativa, financiera y técnica, para lo cual se requería que el Contratista identificara plenamente las actividades que debía desarrollar con señalamiento de los tiempos de duración y de los recursos humanos, de equipos, materiales y de recursos financieros de cada actividad y de las interrelaciones y precedencias entre las diversas actividades del proyecto. En forma simultánea el Contrato preveía la conformación de las subcuentas con los dineros recaudados provenientes de los peajes, destinados a cubrir las diferentes inversiones requeridas por el contrato de concesión, adicionados con recursos que debía aportar el Concesionario.

"El desarrollo del contrato presentó diversos problemas que llevaron a la inviabilidad mencionada del cronograma de obra vigente, los cuales se mencionan a continuación:

"Demoras en la Organización y en la Gestión predial

"Como se estableció en la respuesta 17A, el Concesionario no adelantó a tiempo la identificación predial inicial requerida en el Programa de Gestión, Trámite y Adquisición de Predios como se estipula en el numeral 37.1 de la cláusula 37 del contrato de concesión. Esta demora en la organización y en la gestión predial iría a tener graves consecuencias posteriores y a convertirse en uno de los principales factores del incumplimiento de la programación y posterior inviabilidad del programa de obras. Adicionalmente, en el documento de la sábana predial en la que se registran todos y cada uno de los procedimientos que se llevan a cabo por parte del Concesionario para la gestión predial se deduce que a pesar de que el Concesionario inició labores de gestión en enero de 2005, los procesos de escrituración de los predios solamente les dio inicio en diciembre de 2005 y a lo largo de la ejecución del contrato (2005-actualmente) no se alcanzó el rendimiento de liberación de predios esperado para lograr entregar las obras de construcción obligatoria en cada uno de los trayectos en los plazos estimados por el mismo Concesionario.

"Otro factor que contribuye a las demoras y a la desorganización de la gestión predial y de la ejecución eficiente de las obras es la falta, por parte del Concesionario, de una programación detallada de las diversas actividades del contrato, con señalamiento de interrelaciones y precedencias entre ellas y recursos requeridos.

"A continuación se muestra el análisis de la gestión predial realizada para el proyecto vial, teniendo en cuenta que el proceso de gestión predial inicia con

el estudio de títulos y culmina con la escrituración y registro del predio a nombre de la Agencia Nacional de Infraestructura:

Tabla 23C - 2 Estado Gestión Predial a Marzo 2013, elaborado por Interventoría CIC 2012

Trayecto	Requerido	Entregados	Por entrega	Adquiridos	Por Adquirir
1*	141	122	19	58	83
2	NA	NA	NA	NA	NA
3	NA	NA	NA	NA	NA
4	43	37	6	16	27
5	601	398	203	253	348
6	259	241	18	194	65
7	245	239	6	185	60
8	76	70	6	53	23
9	207	179	28	150	57
10	59	55	4	50	9
11	13	8	5	7	6
12**	38	26	12	24	14
TOTAL	**1682**	**1375**	**307**	**990**	**692**

*No se incluyen requerimientos de la calzada mixta Norte e intersección 3M sectores relacionados con el desarrollo de Fase II y III SITM Soacha.

** No se incluyen requerimiento para la construcción de la ciclo ruta urbana de Girardot.

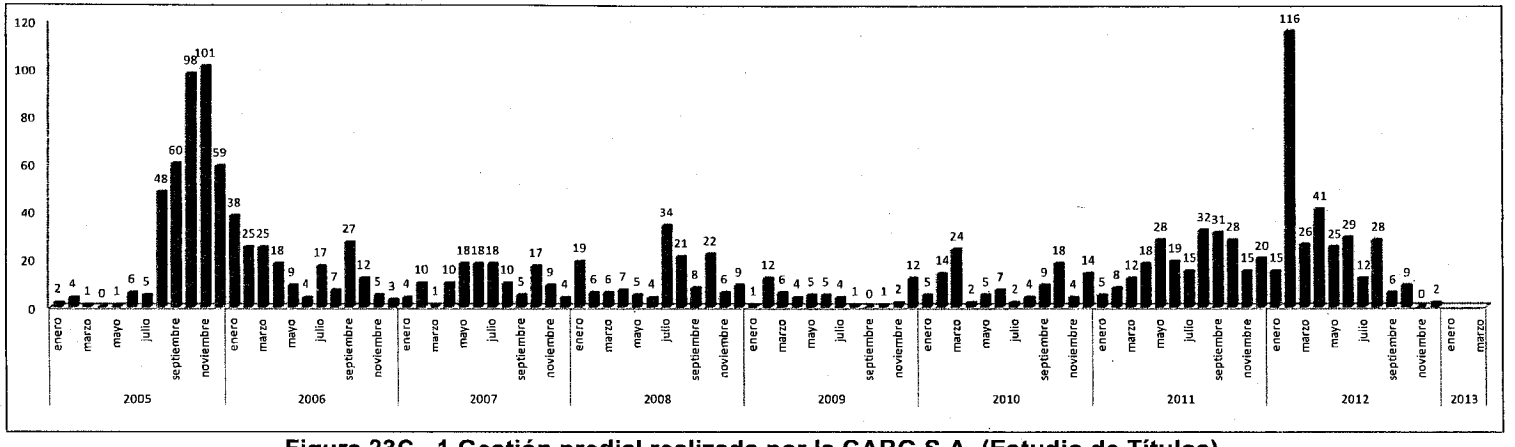

Figura 23C - 1 Gestión predial realizada por la CABG S.A. (Estudio de Títulos)

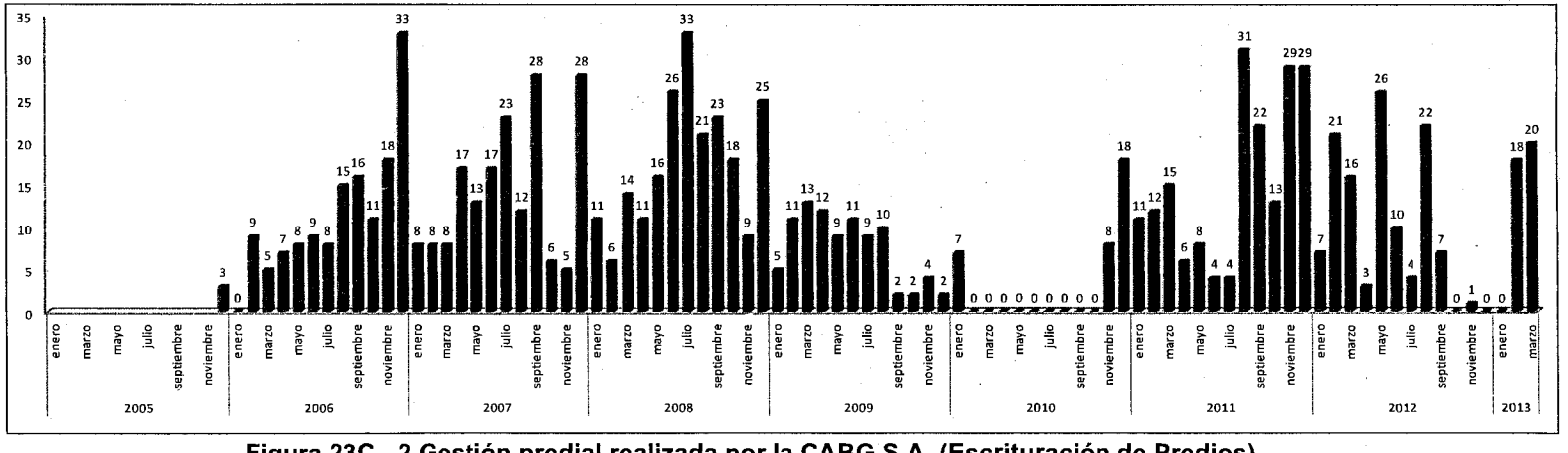

Figura 23C - 2 Gestión predial realizada por la CABG S.A. (Escrituración de Predios)

"Como se observa en la Tabla 23C-2 la cantidad total de predios a adquirir por parte del Concesionario es de 1682 y solo ha adquirido a fecha de 31 de marzo de 2013 990 predios, equivalente al 58.85% del total de los predios; de igual forma, en la Figuras 23C-1 y 23C-2 se muestra un resumen de la gestión predial del concesionario desde 2005 (cuando se inició la fase de construcción del proyecto vial) a la fecha, y se puede observar que tanto los trabajos de estudios de títulos como la escrituración de los predios no se realizó de manera constante, y no alcanzó los rendimientos necesarios para poder cumplir con los compromisos de entregas de cada uno de los trayectos.

"A pesar de que las actividades de estudios de títulos dieron inicio en enero de 2005, la escrituración de los mismos solo dio inicio en diciembre del mismo año con rendimientos mínimos (2-5 predios/mes), lo cual evidenciaba que la gestión predial no era acorde con la programación de obra realizada por el Concesionario.

"También se observan años como 2009 y 2010 en donde la gestión predial se vio reducida en los meses de febrero a octubre cuando no se adquirió ningún predio, a diferencia de diciembre de 2006 y julio de 2008 donde los rendimientos de escrituración fueron los máximos registrados alcanzando los 33 predios adquiridos por mes.

"Interferencias adicionales en las obras

"Sin embargo, también existen algunas situaciones especiales relacionadas con la gestión predial que han afectado el desarrollo del programa de obra actual y que son ajenas a la responsabilidad del Concesionario; dichas situaciones han dificultado la ejecución normal de las obras y la entrega de algunos Trayectos, como se explica a continuación:

"Predios CABG-2-2-R-084 y CABG-2-3-R-001 (Trayecto 7)

"Los predios cuyos propietarios son Agropecuaria Elsmo Ltda. e Inversiones Crisco Ltda. Respectivamente, se encuentran ubicados en el trayecto 7 (Municipio de Fusagasugá) en el sector de Chinauta entre las abscisas K64+200 y K65+297.

Tabla 23C - 3 Relación de predios en Interferencia Trayecto 7

Predio	Propietario	CUADRO DE AREAS (m^2)		
		Área total del predio	Área de Terreno requerido	Área construida requerida

CABG-2-2-R-084	*Agropecuaria Elsmo Ltda*	*270.025,02*	*23.376,47*	-
CABG-2-3-R-001	*Inversiones Crisco Ltda*	*1.051.096,75*	*29.601,00*	*20.596,58*

"Debido a que a la fecha no se han liberado los predios mencionados, no se han ejecutado las obras de la segunda calzada en este sector, como se observa en la Figura 23C-3

"...

"Predios amparo minero (Trayecto 8)

Debido al amparo administrativo minero otorgado por la Agencia Nacional de Minería en la zona conocida como el alto de Canecas, ubicado entre las abscisas K80+000 y el K82+000 en el Trayecto 8, se restringieron las actividades de construcción que venía adelantando el Concesionario en esta zona; por tal motivo dichas obras no se lograron entregar en la fecha que establecía el cronograma contractual vigente (04/10/2011); sin embargo, solo hasta el 15 de febrero de 2013 mediante la resolución 097 de 2013, el cual establece que cualquier actividad minera para la exploración, construcción, montaje y explotación dentro del área delimitada (Alto de Canecas) podrá llevarse a cabo solo cuando el beneficiario del título minero cuente con la autorización de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, el Concesionario pudo entrar a continuar las labores de construcción en esta zona.

Tabla 23C - 4 Relación de predios en Interferencia Trayecto 8

Predio	***Propietario***	***CUADRO DE AREAS (m²)***		
		Área total del predio	***Área de Terreno requerido***	***Área construida requerida***
CABG-2-3-R-208	Margarita Rosa Pavón	30.854	30.854	-
CABG-2-3-R-204				
CABG-2-3-R-205	Amparo Paipa	1.823,75	1823.75	-
CABG-2-3-R-207	Miriam Moreno Sastoque	1.355	1355	36,22
CABG-2-3-R-199	Horfa García de Pavón	81.068,80	4.143,94	43,20
CABG-2-3-R-211	Carlos Eduardo Aulestia	54.173,12	4.466,24	-
CABG-2-3-R-213	Parque Altamira	299.411,19	50.054,12	-

"...

"Predios CABG-3-R-194 y CABG-3-R-196 (Trayecto 11)

"En el trayecto 11, en el sector denominado El Paso se presentan inconvenientes con la liberación de los predios CABG-3-R-194 y CABG-3-R-196, sobre los cuales existía medida de embargo en 268 metros de la vía en dicho sector, debido a que aún no se había legalizado la compra efectuada por el INVIAS en el momento que se construyó la calzada existente de la variante de Girardot, por lo que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI tomó este caso y actualmente se encuentra en trámite de expropiación.

Tabla 23C - 5 Relación de predios en Interferencia Trayecto 11

Predio	***Propietario***	***CUADRO DE AREAS (m²)***		
		Área total del predio	***Área de Terreno requerido***	***Área construida requerida***
CABG-3-R-194	Inversiones Sandra Liliana S. en C.	50.000	5.990,4	-
CABG-3-R-196	Carreteras y Pavimentos	16.267	3.289,41	-

"Convenio Interadministrativo INCO - MinDefensa

"Adicionalmente, en el Trayecto 9 para la construcción de la variante de Melgar, era necesario contar con predios en la Base Militar de Tolemaida, y de conformidad con la cláusula 61 del contrato de concesión No GG-040-2004 de 2004, el INCO procuraría suscribir convenio interadministrativo con el Ministerio de Defensa Nacional con el fin de disponer de dichos predios, lo cual fue necesario aplazarlo en distintas ocasiones como se logra evidenciar en los otrosíes No 2, 5, 9, 10 y 13; finalmente se pospuso el plazo máximo hasta el 30 de Marzo de 2007.

"Predios Puentes Peatonales

"En el Apéndice No 2 del contrato de concesión y mediante Otrosí No 8 se incluyó la construcción de 32 puentes peatonales a lo largo del proyecto vial, tal y como se observa en detalle en la respuesta a la pregunta 29A; los predios requeridos para su construcción se gestionarían de la forma que se establece en el numeral 3.1.1.7 del Apéndice No 2 del contrato de concesión No GG-040-2004:

"'El concesionario deberá construir y mantener en funcionamiento como mínimo los puentes peatonales que se definen en el presente documento, en las poblaciones o pasos urbanos de cada trayecto.

"'El concesionario deberá concertar con las respectivas alcaldías, así como con las autoridades de cada municipio, la ubicación de los puentes peatonales, señalados en el numeral 4 del presente apéndice, teniendo en cuenta para ello los planes locales de manejo del espacio público y el plan de desarrollo de cada municipio.

"'No obstante lo previsto en el párrafo anterior, cuando la definición del sitio preciso donde deba construirse un determinado puente peatonal implique necesariamente la reubicación de redes de servicios públicos o la adquisición de predios, la obligación del Concesionario de construir el puente correspondiente estará sujeta al cumplimiento de cualquiera de las siguientes condiciones: i) que se concerte con las autoridades municipales la definición de otro sitio para la construcción del puente peatonal o cualquier otra alternativa que no implique la reubicación de redes de servicios públicos y/o adquisición de predios, o ii) que el Municipio, la empresa de servicios públicos correspondiente o cualquier otra entidad del orden municipal o departamental asuman los costos relacionados estrictamente con la reubicación de las redes y/o adquisición de predios.
"'De no cumplirse ninguna de esas condiciones, el concesionario no estará obligado a realizar la construcción del puente peatonal correspondiente, aunque, en tal caso, el concesionario deberá consignar dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del plazo para llevar a cabo las obras de construcción del respectivo Trayecto, en la subcuenta de Excedentes INCO prevista en el contrato de concesión, un valor de Doscientos Setenta millones de pesos de 2002 ($270.000.000), que para efectos del presente contrato se tiene equivalente a las obras no realizadas".

"'Como se desprende el contrato planteaba que la definición de la ubicación y financiación de la compra de predios y reubicación de redes de servicio públicos para la implantación de puentes peatonales estaba a cargo de las entidades municipales y departamentales y no del Concesionario, lo cual generó retrasos por la falta de gestión de dichas entidades." (se subraya)

En sus aclaraciones expresó el perito lo siguiente sobre las afectaciones por amparos mineros:

"De los seis Contratos de Concesión Minera otorgados por el ministerio de Minas y Energía a lo largo del Proyecto Vial Bosa – Granada – Girardot, dos tuvieron influencia directa sobre el proyecto:

Tabla 6C- 1 Contratos de Concesión que causaron interferencias en la ejecución de las obras de construcción del Proyecto Vial Bosa – Granada – Girardot

Número	Contrato	Nombre del Titular de la Concesión	PR´s	Fecha - Firma del Título	Trayecto
1	Contrato de Concesión 14965	SOCIEDAD GUZMÁN BAYONA e HIJOS	PR104	Julio de 1991	5
2	Contrato de Concesión EIU-101	DIEGO IVAN MOJICA CORCHUELO	PR62+600	Septiembre de 2003	8

"El título minero con Contrato de Concesión Minera 14965 a nombre de la Sociedad Guzmán Bayona e Hijos, identificado con la Ficha Predial CABG-1-R-106 fue un proceso de expropiación a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), no generó retrasos en los cronogramas de obra ni en la ejecución de las obras, debido a que la primera gestión adelantada sobre el predio fue el 1 de Febrero de 2010, la notificación de la primera oferta fue hasta el 25 de Marzo de 2011 y fue remitido a la ANI el 28 de Diciembre de 2011, cuando según el cronograma de obra establecido en el Otrosí 19 se tenía previsto terminar la gestión predial del trayecto 5, entre las abscisas K23+420 a K26+700 antes del 15 de diciembre de 2010, lo cual indica que en el momento en el cual la Concesión hizo su primera oferta sobre el predio, ya tenía un retraso en el cronograma el cual no era causado por ser un título minero propiamente, sino que tenía la gestión predial en general retrasada para este trayecto. Adicionalmente hay que anotar que según la información de la Sabana Predial entregada por la ANI el 18 de Marzo de 2013 al Perito Técnico, este predio fue entregado a la Concesión el 1 de Marzo de 2010, es decir un mes después de su identificación.

"Por otra parte, debido al Contrato de Concesión Minero EIU 101 por el Ministerio de Minas y Energía en la zona conocida como el alto de Canecas, ubicado entre las abscisas K80+000 y el K82+000 en el Trayecto 8, se restringieron las actividades de construcción que venía adelantando el Concesionario en esta zona.

"Tabla 6C- 2 Detalle de los predios afectados por el amparo minero (Canecas)

Predio	***Propietario***	***CUADRO DE AREAS (m^2)***		
		Área total del predio	***Área de Terreno requerido***	***Área construida requerida***
CABG-2-3-R-208	Margarita Rosa Pavón	30.854	30.854	-
CABG-2-3-R-204				
CABG-2-3-R-205	Amparo Paipa	1.823,75	1823.75	-

CABG-2-3-R-207	Miriam Moreno Sastoque	1.355	1355	36,22
CABG-2-3-R-199	Horfa García de Pavón	81.068,80	4.143,94	43,20
CABG-2-3-R-211	Carlos Eduardo Aulestia	54.173,12	4.466,24	-
CABG-2-3-R-213	Parque Altamira	299.411,19	50.054,12	-

Nota: El Predio CABG-2-3-R-204 aparece afectado por el amparo minero pero no cuenta con información en la sabana predial entregada por la CABG S.A.

> *"Las fechas de las fichas prediales identificadas dentro del Título Minero, aparecen de los años 2008 y 2010, los predios **CABG-2-3-R-211 y CABG-2-3-R-213** aparecen con fecha de Acta de Entrega en la Sabana Predial entregada por la ANI del año 2008, los predios **CABG-2-3-R-208, CABG-2-3-R-207, CABG-2-3-R-204** aparecen con fecha de Acta de Entrega del año 2009 y el predio **CABG-2-3-R-205** aparece con Acta de Entrega del año 2011.*
>
> *"Según el cronograma de obra, establecido en el Otrosí 19, se tenía previsto adelantar la gestión predial para este sector entre Octubre de 2009 y Octubre de 2010, lo cual se cumplió dentro del alcance de la concesión. Sin embargo el predio **CABG-2-3-R-199**, fue remitido a la ANI para trámite de expropiación. Posteriormente, mediante la Resolución 097 del 15 de Febrero de 2013 se establece que cualquier actividad minera para la exploración, construcción, montaje y explotación dentro del área delimitada (Alto de Canecas) podrá llevarse a cabo sólo cuando el beneficiario del título minero cuente con la autorización de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. De esta forma, el predio para la ejecución de las obras faltantes del trayecto 8 en el Alto de Canecas fue liberado, y la obra pudo continuar." (se subraya)*

De lo expuesto se desprende que la conducta del Concesionario en la gestión predial influyó en el no cumplimiento de las fechas de entrega de cada tramo, pues no tuvo la eficiencia que requería un proyecto de estas condiciones. A este respecto señala el perito a 31 de marzo de 2013 sólo se habían adquirido el 58.85% del total de los predios. A lo anterior se agrega que como señala el perito, la actividad de estudios de títulos y la escrituración de los predios no se realizó de manera constante y no alcanzó los rendimientos necesarios para poder cumplir con los compromisos de entregas de cada uno de los trayectos. En efecto, a pesar de que los estudios de títulos se iniciaron en enero de 2005, *"la escrituración de los mismos solo dio inicio en diciembre del mismo año con rendimientos mínimos (2-5 predios/mes), lo cual evidenciaba que la gestión predial no era acorde con la programación de obra realizada por el Concesionario"*. Así mismo en años como 2009 y 2010 *"la gestión predial se vio reducida en los meses de febrero a octubre cuando no se adquirió ningún predio, a diferencia de diciembre de 2006 y julio de 2008 donde los rendimientos de escrituración fueron los máximos registrados alcanzando los 33 predios adquiridos por mes"*.

Sin embargo, existieron dificultades no imputables al Concesionario que afectaron el cumplimiento del Programa en los trayectos 7, 8, 11, y que llevan a concluir que la terminación de las obras en las fechas programadas por la cláusula 9.4 no es imputable al Concesionario.

Por otra parte en relación con los atrasos por la etapa invernal dijo el perito:

> *"Tal y como se mencionó anteriormente, a lo largo de la etapa de construcción (2005 – 2012) se presentó un fenómeno de incremento desbordado de los niveles de precipitación en el área de ejecución de las obras del proyecto vial y en el país en general, lo cual tuvo efectos importantes en el avance normal de la obra, principalmente en el trayecto 9 debido al volumen de obras obligatorias estipuladas en el apéndice No 2 del contrato de concesión GG-040-2004; por dicha razón se acordó por las partes suspender las actividades de construcción de las siguientes obras, en un término de dos (2) meses, sin que con ello se afectara el término máximo de la etapa de construcción y rehabilitación del contrato establecido en 86 meses.*
>
> *"La construcción del Túnel de Sumapaz*
>
> *"La ejecución de las obras de construcción necesarias para la variante en doble calzada con separador verde entre el PR25+600 y el PR29+100.*
>
> *"La ejecución de las obras de seguridad establecidas en el convenio interadministrativo entre Ministerio de Defensa e INCO.*
>
> *"Los efectos que tuvieron estos fenómenos invernales en la ejecución de las obras fueron objeto del seguimiento y el tratamiento adecuado, reflejado en las medidas tomadas tanto por la Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. como por la Interventoría CONCOL B&C y el INCO (Ahora ANI) y en los informes mensuales de seguimiento de las obras, por lo que si bien es cierto hubo consecuencias en el programa de obra, estas fueron consideradas en su momento." (se subraya)*

Por consiguiente, de conformidad con lo que señala el perito los fenómenos invernales que se produjeron tuvieron un tratamiento adecuado, por lo que las consecuencias del programa de obra fueron consideradas en su momento.

Conclusión

Por lo anterior, se declarará en relación con la pretensión 5.7 que el Concesionario tiene la libertad contractual de realizar los cambios sobre la programación de la obra y sobre las inversiones que realice para el proyecto vial, con la limitación prevista en el Contrato para la fecha de terminación de cada tramo.

En relación con la pretensión 6 el Tribunal entiende que la misma se refiere a la programación contemplada en el otrosí 19, por lo cual a la luz de lo expuesto el Tribunal declarará que las fechas límites previstas en dicho otrosí para los trayectos 7, 8, 11 no son aplicables por razones no imputables al Concesionario. Como quiera que en todo caso dichos tramos ya se terminaron, el Tribunal considera que no es del caso fijar una nueva programación para estos tramos.

En cuanto a la determinación de una nueva programación de la obra, considera el Tribunal que ello no es procedente en la medida en que para la fecha de este Laudo la obra ya se encuentra cumplida, salvo ciertas controversias que subsisten entre las partes en puntos específicos.

Así mismo, tampoco puede el Tribunal declarar que la programación que ha presentado el CONCESIONARIO, ajustada a la fecha del fallo arbitral, es la adecuada, a que se refiere la pretensión 6.1 de la demanda principal, porque incluye las circunstancias especiales del desarrollo del contrato, pues no se encuentra establecido en el proceso que dicha programación cumpla la condición que afirma la demandante.

En relación con la pretensión 5.4 de la demanda principal, no puede tampoco el Tribunal declarar que la Concesión está exonerada de dar cumplimiento a los hitos de la construcción y de la programación prevista en el anexo del Otrosí 19 al Contrato de Concesión, en aplicación del principio de la "excepción del contrato no cumplido".

En efecto, por una parte, como ya se vio, el Tribunal encuentra que la programación no pudo ser cumplida respecto de los trayectos 7, 8, 11 por las circunstancias que ya se expusieron, respecto de las cuales tampoco se ha establecido que ello obedeció a un incumplimiento de la entidad estatal, sino más bien al hecho de terceros. En cuanto a los otros trayectos tampoco encuentra el Tribunal que pueda sostenerse que el cronograma previsto para los mismos no se cumplió por hechos imputables a la entidad demandada como se desprende de la demanda.

Por lo anteriormente expuesto tampoco puede el Tribunal acceder a la pretensión 5.5 de la demanda principal en la cual se solicita declarar que el CONCESIONARIO no se encuentra en mora de cumplir lo pactado en el Contrato de Concesión No. GG-040-2004, mientras el INCO no haya dado cumplimiento a sus obligaciones en los términos contractuales establecidos.

Así mismo no procede la pretensión 5.6 de la demanda principal en la que se solicita declarar la exención de responsabilidad del CONCESIONARIO en el cumplimiento de la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión y sus Otrosíes

modificatorios, con excepción de lo señalado respecto de los trayectos 7, 8 y 11, en los términos expuestos.

En lo que se refiere a la excepción No. 5 formulada por la demandada en la contestación a la reforma a la demanda, en el sentido que la ampliación de los plazos máximos es una decisión reservada al INCO y no puede adoptarla el Tribunal Arbitral, la misma no procede en la medida en que como se ha explicado el Tribunal Arbitral, como juez del contrato, puede encontrar que existen circunstancias que jurídicamente justifican que la obra no se haya ejecutado en el plazo máximo pactado en el contrato.

Finalmente, prospera la excepción propuesta por la convocada en la contestación a la demanda inicial 6 ii) de incumplimiento en cuanto al programa de obra, salvo lo señalado respecto de los trayectos 7, 18 y 11.

18. MANTENIMIENTO DE LA COMPOSICIÓN ACCIONARIA DEL CONTRATISTA DURANTE TODO EL TIEMPO DE LA EJECUCIÓN DE PROYECTO

Pretensiones

En relación con la modificación de la composición accionaria del Contratista, en las pretensiones décima quinta y décima sexta de la reforma a la demanda de reconvención se solicitó:

> ***"DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL.*** *Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con la obligación contenida en los literales i) y ii) del numeral 3.1.3.2 de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública INCO-001-2003, en el sentido de mantener la composición accionaria de los integrantes del proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., durante todo el tiempo de ejecución del Proyecto Vial Bogotá – Girardot, una vez adjudicando."*
>
> ***"DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL.*** *Con base en la declaración anterior, que el H. Tribunal condene a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. al pago del valor de los perjuicios que se prueben en el presente trámite a favor de la Entidad que represento, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, girándola directamente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO, liquidada con sus respectivos intereses hasta la fecha de su pago efectivo".*

Posición de la Convocante en reconvención

Señala la Convocante en reconvención que en los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública INCO No. 001-2003, que diera lugar a la adjudicación del Contrato de Concesión GG-040-2004, se estableció que los miembros originales de la sociedad, que aparezcan en la Propuesta, y que hayan aportado experiencia en construcción de carreteras o capacidad financiera que haya sido tenida en cuenta en la evaluación y adjudicación de su Propuesta, deberán permanecer como socios de la misma, durante el plazo de ejecución correspondiente a las Etapas de Preconstrucción y de Construcción y Rehabilitación del Contrato. Lo anterior salvo autorización previa en contrario del INCO. Igualmente se estableció que el porcentaje de participación accionaria de cada uno de los miembros de la sociedad propuesta, no podrá ser reducido en más de una tercera parte respecto de la participación inicial prevista en la Propuesta durante las Etapas de Preconstrucción y de Construcción y Rehabilitación, salvo autorización previa y expresa en contrario del INCO. Durante la Etapa de Operación y Mantenimiento no aplicará la restricción prevista en este ordinal.

Se refiere el demandante en reconvención a la composición accionaria en la Promesa de Sociedad Futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., hoy Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., de acuerdo con su propuesta presentada en la Etapa Licitatoria. Agrega que para la selección del proponente en la licitación se tuvieron en cuenta los criterios de la capacidad financiera y las experiencias técnicas que fueron acreditadas en las condiciones exigidas por los Pliegos de Condiciones de cada uno de sus integrantes. Señala la demandante en reconvención que la sociedad concesionaria fue constituida por Escritura Pública No. 3347 del 30 de junio de 2004 de la Notaría 13 del Círculo de Bogotá y allí se indicaron los mismos accionistas que en la propuesta, pero que no obstante en Escritura Pública No. 7155 del 25 de agosto de 2010 expedida por la Notaría 47 del Círculo de Bogotá, se advierte una composición accionaria de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. muy distinta a la que suscribió el Contrato de Concesión GG-040-2004, la cual nunca fue informada a la Entidad demandante en reconvención para que pudiese efectuar el análisis previsto en los pliegos para autorizar dicho cambio.

Agrega que dicho cambio también se acredita con los testimonios de los señores Carlos Collins y Julio Enrique Torres que dan cuenta de la modificación de la composición accionaria en la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.

Expresa que los contratos estatales se celebran en consideración de las calidades y condiciones de los contratistas, esto es, *intuitu personae,* pues así lo prevé además el Estatuto General de Contratación en su artículo 41.

Insiste la demandante en reconvención que no ha autorizado la enajenación de las participaciones de los accionistas de la Concesión Autopista Bogotá Girardot

S.A., luego, no conoce las condiciones y calidades de los nuevos accionistas para establecer si con su participación dentro de la sociedad cumplen con iguales o mejores indicadores de experiencia técnica y/o financiera y/o capacidad financiera que los accionistas que enajenaron su participación –sin su consentimiento-, tenían al evaluar y adjudicar el contrato de la propuesta de la cual hicieron parte.

Posición de la convocada

En su contestación a la demanda de reconvención la demandada en reconvención formuló las excepciones de "*CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE LA CONCESIÓN BOGOTÁ GIRARDOT S.A. DE MANTENER LA COMPOSICIÓN ACCIONARIA" y "ERROR JURIDICO DEL INCO AL CONFUNDIR LIBRE NEGOCIABILIDAD DE ACCIONES CON CESION DEL CONTRATO".*

En relación con la prohibición contenida en los Pliegos de Condiciones se refiere la demandada a la posibilidad que tienen las personas jurídicas de celebrar contratos estatales y a los principios que rigen las sociedades anónimas. Expresa entonces que a partir de los preceptos superiores incorporados en los artículos 58 y 333 de la Constitución Política, el ordenamiento jurídico colombiano garantiza la libre negociabilidad de las acciones, a partir de la garantía consagrada al derecho a la propiedad privada, así como la protección de todas las formas asociativas y la libertad de actividad económica e iniciativa privada, de forma tal que para su ejercicio *"(...) nadie podrá exigir permisos previos, ni requisitos, sin autorización de la ley."* Agrega la demandada en reconvención que de conformidad el artículo 84 constitucional cuando una actividad haya sido reglamentada de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

Se refiere a la sentencia del Consejo de Estado, del 20 de febrero de 2008. (Exp. 21845. C.P. Myriam Guerrero de Escobar) que anuló un oficio circular en el que se exigía autorización de la entidad concedente para ceder las acciones y destaca que las limitaciones a la libertad de negociabilidad de las acciones de una sociedad, en general, solo pueden ser dadas por el legislador en ejercicio de su potestad constitucional, por lo que no es dable, ni siquiera a la administración pública, de manera unilateral, con ocasión al advenimiento de una relación contractual, imponer límites a la libre circulación de los títulos participativos. Señala que en la misma sentencia el Consejo de Estado diferenció los conceptos de cesión de contrato y cesión de acciones. Lo anterior, teniendo en cuenta que la sociedad contratista del Estado sigue siendo la misma y, por lo tanto, la circulación de los títulos participativos de sus relaciones internas no afecta la continuidad en la prestación del servicio y el cumplimiento de las prestaciones obligaciones derivadas de un contrato estatal entre la entidad jurídica y la administración pública.

Manifiesta entonces que la CABG tenía libertad constitucional y legal para cambiar la composición accionaria y pudo hacerlo, pero agrega que no lo hizo.

A tal efecto precisa que la composición accionaria de una sociedad anónima se acredita mediante el correspondiente libro de accionistas de dicha sociedad y la ANI que participó en la inspección judicial y exhibición judicial de documentos ante CABG, y a quien le exhibió la totalidad de los libros de comercio, sus actas de asambleas de accionistas y el mismo libro de accionistas, no lo aporta, porque allí está debidamente acreditado que no se han inscrito cambios en la composición accionaria de la sociedad distintos al generado en una decisión judicial de la Superintendencia de Sociedades referente a la entrega de las acciones de MNV CONSTRUCCIONES S.A. a la DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES-DIAN. Por ello acompaña a su alegato copia simple del registro de accionistas de la CABG en el cual se determina que no existe variación en la propiedad accionaria de la sociedad distinta a la precitada. Se refiere a las declaraciones de Julio Torres y Carlos Collins y señala que el doctor Carlos Collins, representante legal de Álvarez & Collins, manifestó que no existió variación alguna de la composición accionaria, y que lo que se evidenciaba era un usufructo de las acciones. Agrega que la Escritura Pública aportada por la ANI en su demanda de reconvención no demuestra un cambio en la participación accionaria de CABG en razón de la participación de Sumatoria, sino una operación de usufructo que permite a esta última persona jurídica participar en la asamblea correspondiente y designar miembros en su Junta Directiva como fue narrado en los testimonios a los que se refiere.

Por lo anterior concluye que han quedado probadas las excepciones de CABG al respecto de esta pretensión errónea de la ANI.

Consideraciones del Tribunal

En los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública INCO No. 001-2003, que dio lugar a la adjudicación del Contrato de Concesión GG-040-2004, y los cuales hacen parte del Contrato de conformidad con la cláusula 75 del mismo, se estableció lo siguiente[541]:

> *"3. REQUISITOS LEGALES DE LOS PROPONENTES. (...)*
>
> *"3.1. PARTICIPANTES. (...)*
>
> *"3.1.3.2. Promesa de Sociedad Futura*
> *También podrán presentarse Propuestas a través de grupos de personas naturales o jurídicas asociadas bajo una promesa de constitución de sociedad mercantil, según los términos y condiciones previstas en el inciso final del parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.*

[541] Cuaderno de Pruebas No 2 folios 37 y ss.

"..."
"Adicionalmente, en el caso que se presente una Propuesta bajo la modalidad de Promesa de Sociedad Futura, el Proponente deberá tener en cuenta que, en caso de resultar Adjudicatario, la composición accionaria de la sociedad, durante el desarrollo del Contrato, deberá ajustarse a las siguientes reglas:

"i) Los miembros originales de la sociedad, que aparezcan en la Propuesta, y que hayan aportado experiencia en construcción de carreteras o capacidad financiera que haya sido tenida en cuenta en la evaluación y Adjudicación de su Propuesta, deberán permanecer como socios de la misma, durante el plazo de ejecución correspondiente a las Etapas de Preconstrucción y de Construcción y Rehabilitación del Contrato. Lo anterior salvo autorización previa en contrario del INCO, autorización que en cualquier caso se otorgará cuando la enajenación de la participación en la sociedad sea hecha a una persona que tenga iguales o mejores indicadores de experiencia técnica y/o financiera y/o capacidad financiera que los de la persona que enajena su participación, según se tuvieron en cuenta al evaluar y adjudicar el Contrato a la Propuesta de la cual hizo parte. Durante el plazo correspondiente a la Etapa de Operación y Mantenimiento, los miembros originales de la sociedad que aparezcan en la Propuesta podrán enajenar total o parcialmente su participación en la sociedad, a una persona que tenga iguales o mejores condiciones que los de la persona que enajena su participación en la sociedad, según se tuvieron en cuenta al evaluar y adjudicar el Contrato a la Propuesta de la cual hizo parte. Si se cumple con los anteriores requerimientos, el INCO deberá proceder a autorizar por escrito la cesión del Contrato en un término de quince (15) Días contados a partir del momento de la solicitud.

"ii) El porcentaje de participación accionaria de cada uno de los miembros de la sociedad propuesta a que se refiere el ordinal i) anterior, no podrá ser reducido en más de una tercera parte respecto de la participación inicial prevista en la Propuesta durante las Etapas de Preconstrucción y de Construcción y Rehabilitación, salvo autorización previa y expresa en contrario del INCO. Durante la Etapa de Operación y Mantenimiento no aplicará la restricción prevista en este ordinal." (se subraya)

De esta manera, el pliego de condiciones prohibió durante las etapas de Preconstrucción y de Construcción y Rehabilitación del Contrato el cambio de los miembros originalmente previsto para la sociedad en la propuesta, siempre cuando la experiencia en construcción de carreteras o la capacidad financiera de dichos miembros haya sido tenida en cuenta en la evaluación y adjudicación de su Propuesta. Lo anterior salvo autorización del INCO. Así mismo el Contrato prohibió reducir en más de una tercera parte el porcentaje de participación accionaria de cada uno de dichos miembros durante las Etapas de Preconstrucción y de Construcción y Rehabilitación, salvo autorización previa y expresa en contrario del INCO.

Por otra parte, los Pliegos autorizaron el cambio posterior de miembros, durante la etapa de Operación y Mantenimiento, siempre que la enajenación se hiciera a una persona que tuviera iguales o mejores condiciones que los de la persona que enajena su participación en la sociedad, según se tuvieron en cuenta al evaluar y adjudicar el Contrato, caso en el cual el INCO autorizará la operación. Igualmente los Pliegos permiten reducir la participación accionaria.

Como quiera que la demandada en reconvención al contestar la demanda se refiere al régimen constitucional y legal de las sociedades y su incidencia respecto de la prohibición que se analiza, considera el Tribunal pertinente en primer lugar analizar la validez y eficacia de la regla contemplada en los Pliegos de Condiciones.

Lo primero que debe observarse es que una cosa es la cesión del contrato estatal, que requiere autorización en virtud del artículo 41 de la ley 80 de 1993, y otra bien distinta la enajenación de la participación accionaria en un contratista del Estado.

En efecto, de conformidad con el artículo 887 del Código de Comercio la cesión del contrato implica la sustitución de una de las partes o ambas por uno o varios terceros *"en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato"*. Por consiguiente la cesión de contrato implica la sustitución total o parcial del sujeto contratante en la relación contractual de la cual surgen derechos y obligaciones.

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia[542] que la cesión de contrato *"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"*.

Por consiguiente, mientras no se altere la persona que figura como sujeto de los derechos y obligaciones del contrato no puede hablarse de cesión de mismo.

En este sentido ha dicho el Consejo de Estado[543] que la cesión de contratos *"se diferencia materialmente del fenómeno de la "cesión de acciones" en cuanto este atañe directamente a la composición del capital social como elemento especial del contrato de sociedad, según lo prescribe el artículo 98 del Código de Comercio, independientemente de los vínculos contractuales que como persona jurídica ostente la sociedad"*.

[542] Sentencia del 19 de octubre de 2011, Referencia: 11001 -3103-032-2001 -00847-01.
[543] Sentencia del 20 de febrero de 2008, Radicación número: 11001-03-26-000-2001-0062-01, Expediente número: 21845.

Así las cosas es claro que la enajenación de la participación accionaria en una sociedad contratista del Estado no implica la cesión del contrato pues finalmente no se altera la persona que es titular de los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Ahora bien, en relación con este último aspecto, que es el que se debate en este caso, advierte el Tribunal que el artículo 38 de la Constitución Política *"garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad"*, pero la Carta no hace ninguna regulación sobre la forma en que pueden estar representadas las participaciones en una persona jurídica y la posibilidad de negociarlas.

Por consiguiente, la regulación de estos aspectos corresponde en principio al legislador. En este sentido dijo la Corte Constitucional en sentencia C-865 de 2004 (reiterada en sentencia C-090-14):

> *"De conformidad con lo previsto en el artículo 150 (numerales 2° y 8°) en armonía con lo dispuesto en el artículo 189 (numeral 24) de la Constitución Política, le corresponde al legislador regular no sólo la denominación de las tipologías societarias (tales como, sociedades colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada, anónima, mixta, etc.), sino también definir la preservación de sus atributos como personas jurídicas.*
>
> *"En efecto, es el legislador quien tiene la competencia para establecer los requisitos y condiciones para la creación de sociedades morales, así como para determinar las distintas clases o tipologías de sociedades. Así como, es quien puede determinar en qué medida los atributos que definen su personalidad operan con mayor o menor intensidad y, por lo mismo, se ponderan en atención a los rasgos característicos que el mismo legislador le reconoce a cada modalidad societaria."*

Desde esta perspectiva se observa que el artículo 403 del Código de Comercio establece en materia de sociedades anónimas que *"Las acciones serán libremente negociables"*, salvo las excepciones que establece la misma norma, las cuales se refieren a las acciones privilegiadas; las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia; las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.

Por consiguiente, desde la perspectiva del Código de Comercio no existen otras hipótesis en que se pueda impedir la negociación de acciones de una sociedad anónima.

Desde esta perspectiva debe observarse que el Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 2008[544], anuló la circular número SCO- 07544, de 6 de abril de 2000, expedida por el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), mediante la cual dicha entidad, dijo actuar en desarrollo del artículo 41 de la ley 80 que establece que los contratos estatales son intuitu personae y por lo tanto no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante, y dispuso que *"en los contratos de concesión suscritos con el Instituto Nacional de vías, cualquier cesión de derechos y obligaciones y de participaciones accionarias debe ser consultada y aprobada previamente por esta Entidad"*. A tal efecto el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

> *"El derecho de libre negociabilidad de las acciones encuentra fundamento en los artículos 58 y 333 de la Carta Política, la primera de estas normas garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, la segunda protege todas las formas asociativas así como la libertad de actividad económica y la iniciativa privada, de forma tal que para su ejercicio "...nadie podrá exigir permisos previos, ni requisitos, sin autorización de la ley."*
>
> *"Por su parte el artículo 84 constitucional dispone que cuando una actividad haya sido reglamentada de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.*
>
> *"Según el artículo 333 superior, el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero dicha libertad tiene unos límites que no son otros que los que impone la preservación y la búsqueda del bien común, los cuales, serán fijados por el legislador.*
>
> *"Como una de las manifestaciones de la actividad económica e iniciativa privada la ley ha previsto la posibilidad de conformar sociedades, mediante el contrato de sociedad cuya definición ha sido prevista por el artículo 98 del C. de Co., norma según la cual, uno de los elementos esenciales para la existencia de la sociedad son los aportes en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero.*
>
> *"Así, los interesados en asociarse se obligan a hacer los correspondientes aportes, estos pueden encontrarse representados en acciones y de esta manera el aportante adquiere la calidad de accionista y el derecho a que le sea entregado el título correspondiente (art. 384 del C. de Co.); dichas acciones hacen parte del derecho de propiedad del aportante que conlleva*

[544] Radicación Radicación número: 11001-03-26-000-2001-0062-01 Exp. 21845.

la libertad de disponer de ellas con las únicas limitaciones que le imponga la ley.

"Por su parte el artículo 403 del C. de Co. consagra la libre negociabilidad de las acciones como regla general y a la vez establece, únicamente, cuatro excepciones a dicha libertad de negociación, referidas a: i) las acciones privilegiadas; ii) las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado el derecho de preferencia; iii) las acciones de industria no liberadas y iv) las acciones gravadas con prenda.

"Se ha entendido por la doctrina que "La libre negociabilidad es uno de los rasgos característicos de la acción (...)", pero además es "un modo expedito para que sucesivamente se vinculen o separen de la sociedad los accionistas", sin que por ello se mengue la subsistencia del ente social ni de la integridad de su capital."[545]

"En este sentido cabe precisar que como las acciones son títulos indivisibles y, por tanto, independientemente de su titularidad, éstas forman un todo representado en una persona jurídica que permanece intacta hasta su liquidación, sin importar los cambios que en su devenir sufra la composición del capital, por lo tanto, la persona jurídica del contratista con la cual contrata la entidad estatal permanecerá y tendrá la obligación de cumplir con la prestación del servicio objeto de la contratación.

"La Sala al resolver la solicitud de suspensión provisional, en este mismo proceso, señaló que limitar más allá de lo dispuesto por la ley, el ejercicio de las facultades que se derivan de dicho aporte, como lo es la disposición del mismo, comporta sin lugar a duda un desconocimiento de la libertad contractual y de empresa garantizado por los artículos 84 y 333 de la Constitución Política, criterio que en esta oportunidad reitera."

Agregó el Consejo de Estado:

"Dentro de este contexto normativo se tiene que cada acción entendida como "una parte del capital social de la compañía"[20]*, otorga a su poseedor el derecho de "negociarlas libremente", así que resulta indiscutible el derecho que en los términos del Código de Comercio le asiste a un socio, cualquiera sea el tipo societario y grado de su participación, de negociar las acciones de las cuales es titular (artículo 379)*[21] *, siempre dentro de los estrictos límites que para el efecto ha señalado el legislador y ceñidos a las claras y puntuales excepciones, las cuales por su carácter, no podrán ser modificadas, suprimidas o ampliadas, dada la naturaleza especial de las normas comerciales que para el efecto se aplican".*

[545] NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio, Derecho Mercantil Colombiano. Tipos de Sociedad. Legis Editores, Bogotá, 1998, pág. 83.

Desde la perspectiva de la sentencia citada es claro que la autoridad administrativa no puede restringir la libre negociación de las acciones de una sociedad, así sea contratista del estado.

Ahora bien, cabe preguntarse si es posible que, como sucede en el presente caso, por un pacto contractual se convenga que la enajenación de determinada participación accionaria no es posible sin autorización de la entidad contratante.

A este respecto ha de observarse que bajo la Constitución Política de 1886 que establecía en su artículo 37 que *"No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles"*, norma que ya no se encuentra en el texto constitucional, pero que corresponde a un principio que inspira el ordenamiento jurídico vigente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de diciembre de 1936 se pronunció sobre la posibilidad de incluir en un contrato una cláusula que limitara la enajenación de un bien. A tal propósito señaló que sobre el punto existían diversas posiciones en la doctrina francesa, pues algunos consideran que la prohibición de enajenación sólo opera cuando es la ley la que la proscribe o *"cuando la no enajenación se establece por los particulares pero en aplicación de un texto legal permisivo, en función de una institución regular."* Igualmente precisó la Corte que *"otros autores y, en general, la jurisprudencia de los tribunales admiten, pero bajo ciertas modalidades, las cláusulas de no enajenación"*. Agregó la Corte que de acuerdo con esta segunda doctrina, para que tales cláusulas sean válidas y eficaces, es necesario que se reúnan tres condiciones:

> *"a) Que la cláusula de no enajenación sea temporal pues no se podría poner definitivamente fuera del comercio un bien. Por lo demás, son asimiladas a las cláusulas perpetuas las que establecen la no enajenación por un período muy largo, por ejemplo, por toda la vida del adquiriente.*
>
> *"b) Que la cláusula pertenezca a un acto de enajenación y haya sido acordada con ocasión una transferencia de propiedad "No podría pender de un propietario el decretar, por un acto de voluntad unilateral, que su cosa será en adelante inenajenable en sus manos... En general y casi siempre el acto de enajenación de que se trata es un acto a título gratuito, donación entre vivos o testamentos; el donante o el testador inmoviliza, por la cláusula de no enajenación, los bienes por él donados o legados..."*
>
> *"c) Que la cláusula de no enajenación se justifique por un interés legítimo "como sucede frecuentemente el acto escapa de la nulidad que lo amenazaba gracias al móvil salvador que lo ha inspirado y lo explica: Es el móvil-fin que es decisivo , y que llena una función justificativa"*

De este modo a la luz de esta doctrina de la Corte Suprema de Justicia a pesar de la existencia del principio en virtud del cual los bienes son enajenables, salvo

las restricciones legales, igualmente en un contrato puede pactarse una limitación al derecho de enajenación, siempre que se reúnan tres condiciones, que la limitación sea temporal, que se realice en el contrato por el cual se adquiere el bien, y finalmente, que esté justificada en un interés legítimo. Es pertinente agregar que en derecho francés el criterio fijado por la jurisprudencia fue incorporado en el Código Civil Francés por una ley 71-526 del 3 de julio de 1971 en la cual se reconoce la validez de dichas cláusulas de inalienabilidad si son temporales y fundadas en un interés serio y legítimo. De este modo el criterio fundamental para admitir la validez de las estipulaciones que limitan la enajenación es si ellas son temporales y son fundadas en un interés serio y legítimo.

En el presente caso, para el Tribunal es claro que la cláusula tiene un alcance temporal, cual es la existencia del contrato de concesión. Por otra parte, el interés que pretende la cláusula es serio y legítimo, pues con ella se busca que no se retiren de la sociedad aquellas personas cuyas condiciones se tomaron en consideración al evaluar la oferta correspondiente y de este modo asegurar que la ejecución del contrato se realice con la participación, así sea solamente como accionistas, por quienes acreditaron tener las condiciones que a juicio de la entidad eran necesarias para asegurar el cumplimiento del mismo.

Establecido lo anterior es entonces necesario determinar cuál es la consecuencia de la violación de la estipulación mencionada. A este respecto es de destacar que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia parcialmente transcrita a la que se ha hecho referencia señaló:

> *"De otro lado, ¿cuál sería la sanción a la infracción de un compromiso de esa clase? Nuestro Código no resuelve el caso. Habría que acudir para resolverlo a las reglas generales de derecho, de conformidad con lo prescrito por el artículo 8o de la Ley 153 de 1887. Dentro de ese orden de ideas resultaría pertinentísimo invocar la doctrina sostenida por muchos autores eminentes (Bartin, Notas a Aubry et Rau, Tomo II, parágrafo 692) y consagrada en el artículo 137 del Código alemán, según el cual —para conciliar el principio de orden público que se opone a la no enajenación efectiva con el de la libertad de las operaciones— se le reconoce validez a la obligación de no enajenación al propio tiempo que "le reconoce validez a la enajenación hecha en violación de esa obligación. "'El derecho de disposición de un derecho cesible no puede ser excluído ni limitado por un acto jurídico, dice ese texto, pero se reconoce la validez de la obligación de no disponer".*

El anterior criterio de la Corte, tomado del derecho alemán, permite conciliar el artículo 403 del Código de Comercio que establece los casos en que se puede limitar la negociabilidad de las acciones, con la posibilidad para las partes de restringir la negociabilidad en otros eventos. A la luz del mismo cuando en un contrato como el que se analiza se hayan pactado cláusulas para restringir la

negociación, es claro que la consecuencia no será la invalidez de la enajenación sino la responsabilidad por la violación de la obligación de no hacer que surge del pacto y cuya infracción en los términos del artículo 1612 del Código Civil genera la obligación de pagar perjuicios, al no poderse deshacer el hecho en que consiste la infracción.

De lo anterior se concluye entonces que es perfectamente posible en un contrato incluir una regla por la cual la otra parte se obliga a no modificar su composición accionaria, siempre que dicha prohibición sea temporal y se justifique por un interés serio y legítimo, pero dicha regla sólo tiene efectos interpartes, y no modifica el principio fundamental frente a terceros de la posibilidad de enajenar la acción, por lo cual la violación del pacto no se traduce en una invalidez o ineficacia de la enajenación, sino en una responsabilidad por parte de quien no respetó el pacto.

Partiendo entonces de la base que estipulaciones como la reseñada son perfectamente válidas con el alcance que se ha señalado, procede entonces analizar si en el presente caso se violó o no la estipulación.

Al respecto se observa, en primer lugar, que de acuerdo con la promesa de sociedad futura[546] presentada con la propuesta a la que fue adjudicada la licitación, la composición de la sociedad futura que debía constituirse en caso de adjudicación era la siguiente:

ACCIONISTAS	**PARTICIPACIÓN (%)**
MNV S.A.	12.50%
ALVAREZ Y COLLINS S.A.	25.00%
GAS KAPITAL GR S.A.	12.50%
VERGEL Y CASTELLANOS INGENIEROS ASOCIADOS V Y C LTDA	25.00%
ALEJANDRO CHAR CHALJUB	25.00%
TOTAL	**100.00%**

Así mismo en la Resolución de Adjudicación 633 del 28 de junio de 2004, se expresó en el artículo primero[547]:

> *"ARTÍCULO PRIMERO: Adjudicar la Licitación Pública INCO-01-2003, cuyo objeto es seleccionar la propuesta más favorable para la celebración de un Contrato de Concesión, para que el Concesionario realice, por su*

[546] Cuaderno de Pruebas No 4, folio 264.
[547] Folio 215 del Cuaderno de Pruebas No 1.

cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, las obras de construcción, mejoramiento y rehabilitación, la operación y mantenimiento de dichas obras, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INCO, para la cabal ejecución del Proyecto Vial "Bosa-Granada-Girardot" al proponente PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ-GIRARDOT S.A., integrada por Alejandro Char Chaljub, MNV S.A., Gas Kapital GR S.A., Vergel y Castellanos Ingenieros Asociados V y C Ltda., Álvarez y Collins S.A." (se subraya)

De igual manera, conformidad con el artículo 68 de los Estatutos Sociales de la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., contenidos en la Escritura Pública No. 3347 del 30 de junio de 2004 de la Notaria 13 del Circulo de Bogotá, por la cual se constituyó dicha sociedad, la composición accionaria de la misma era la siguiente[548]:

Accionista	**% Participación**	**Acciones Suscritas**	**Valor de la Suscripción**
MNV S.A.	12.50%	1.250	$12.500.000
ALVAREZ Y COLLINS S.A.	25.00%	2.500	$25.000.000
GAS KAPITAL GR S.A.	12.50%	1.250	$12.500.000
VERGEL Y CASTELLANOS INGENIEROS ASOCIADOS V Y C LTDA	25.50%	2.500	$25.000.000
ALEJANDRO CHAR CHALJUB	25.00%	2.500	$25.000.000
TOTAL	**100.00%**	**10.000**	**$100.000.000**

Por lo demás, es de destacar que en el artículo 5 de la citada escritura se dice que los socios que se presentaron en la licitación deberán permanecer como accionistas de la sociedad anónima, para lo cual se establece[549]:

"Art. 5 CAPITAL AUTORIZADO: (...)

"PARÁGRAFO SEGUNDO: En todo caso, de conformidad con lo establecido por los pliegos de condiciones de la Licitación Pública INCO No. 001 de 2003 abierta por el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO, los socios que aportaron experiencia en construcción de carreteras o capacidad financiera que haya sido tenida en cuenta en la evaluación y adjudicación de la propuesta deberán

[548] Cuaderno de Pruebas No 7, folio 208.
[549] Cuaderno de Pruebas No 7 folio 194.

permanecer como accionistas de la sociedad anónima durante el plazo de ejecución correspondiente a las etapas de preconstrucción y de construcción y rehabilitación del Contrato de Concesión. Lo anterior salvo autorización previa en contrario del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO, autorización que en cualquier caso se otorgará cuando la enajenación de la participación en la sociedad sea hecha a una persona que tenga iguales o mejores indicadores de experiencia técnica y/o financiera y/o capacidad financiera que los de la persona que enajena su participación, según se tuvieron en cuenta al evaluar y adjudicar el Contrato de Concesión y la propuesta.

"PARÁGRAFO TERCERO. Durante el plazo correspondiente a la etapa de operación y mantenimiento, los socios podrán enajenar total o parcialmente su participación en la sociedad, a una persona que tenga iguales o mejores condiciones que los de la persona que enajena su participación en la sociedad, según se tuvieron en cuenta al evaluar y adjudicar el Contrato de Concesión a la propuesta de la cual hizo parte. Si se cumple con los anteriores requerimientos, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO deberá proceder a autorizar por escrito la cesión del Contrato de Concesión en un término de quince (15) días contados a partir del momento de la solicitud. PARÁGRAFO CUARTO. El porcentaje de participación accionaria de cada uno de los miembros de la sociedad no podrá ser reducido en más de una tercera parte respecto de la participación inicial prevista en la propuesta durante las etapas de preconstrucción y de construcción y rehabilitación, salvo autorización previa expresa en contrario del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Durante la etapa de operación y mantenimiento no aplicará la restricción prevista en este parágrafo."

Ahora bien, en la Escritura Pública No. 7155 del 25 de agosto de 2010 de la Notaría 47 del Círculo de Bogotá, que contiene una reforma de estatutos de la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. y en la cual se transcribe el Acta No 12 de la reunión Extraordinaria de la Asamblea de Accionistas de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., se expresa[550]:

"Acta No. _ 12 REUNIÓN EXTRAORINARIA DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DE CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.
"En la ciudad de Bogotá, siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.) del día 23 del de agosto de dos mil diez (2.010), se reunió en sesión extraordinaria la Asamblea General de Accionistas de CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. (en adelante la "Compañía"), en las oficinas del domicilio principal donde funciona la administración ubicadas en la calle 103 No. 14 a – 53 oficina 507 previa convocatoria del revisor fiscal de conformidad con la comunicación enviada a los accionistas el día 28 de

[550] Cuaderno de Pruebas No 7, folio 213.

julio de 2010 con alcance remitido el día 29 de julio de 2010, con la anterioridad prevista en los Estatutos de la Sociedad.

"I. ASISTENCIA.

"Se encontraban presentes y debidamente representados los siguientes accionistas:

Accionistas	*Representados por*	*Acciones*	*%*
INTERBOLSA S.A.	*Carlos Geovanny Páez Marín*		*25%*
ALVAREZ & COLLINS S.A.	*Carlos Collins Espeleta*		*25%*
SUMAGAS S.A.	*Felipe Riveira Herrera*		*35%*
MNV S.A.	*Juan Carlos Paredes López*		*4.5%*
GAS KAPITAL GR S.A.	*Juan Carlos Paredes López*		*3%*
BAPACOL S.A.S.	*Álvaro Jesús Cotes Mestre*		*7.5%*
TOTAL			*100%*

"..." (se subraya)

Como se puede apreciar, en la mencionada asamblea participaron, actuando como accionistas, personas distintas a las que aparecían en la promesa de sociedad futura y en la escritura de constitución de la Concesión Autopista Bogotá Girardot. En efecto MNV S.A. continúa siendo accionista, pero su participación se reduce de 12.5% al 4.5%. Igualmente Gas Kapital GR S.A. continúa siendo socio pero su participación se reduce del 12.5% al 3%, es decir a menos de una tercera parte de su participación original, lo cual de acuerdo con el pliego de condiciones y los estatutos requeriría autorización del INCO. Adicionalmente, aparecen como nuevos accionistas Interbolsa S.A., Sumagas S.A, y Bapacol S.A.S. y dejan de figurar como tales en dicha asamblea Vergel y Castellanos Ingenieros Asociados V y C Ltda y Alejandro Char Chaljub.

Sobre dichos cambios en la participación accionaria el señor Carlos Collins en la audiencia que se realizó el 1 de agosto de 2013 declaró lo siguiente[551]:

"DR. GÓMEZ: Una de las primeras controversias o una de las controversias, ya que usted está tocando el tema, era algo que aquí le han denominado la obligación de mantener la composición accionaria por parte de la sociedad y exigían el pliego en el contrato. INCO en su momento,

[551] Folios 13 a 14 y 30 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 31.

posteriormente la ANI, manifestó que sí hubo cambio en la composición accionaria sin la autorización del INCO. ¿Sobre eso qué nos puede decir?

"SR. COLLINS: Nunca hubo cambio sobre eso y el cambio que se podría alegar fue producido, me excusan que me voy a saltar cronológicamente yo hubiera querido llegar en orden, los Nule dentro del giro de sus negocios hicieron con una firma que se llama Sumatoria unos usufructos y dieron en garantía las acciones de las Concesión Bogotá – Girardot, las acciones que ellos tenían en Bogotá Girardot pero mientras tanto dieron,

"DR. ARANGO: Las dieron en garantía o constituyeron un usufructo.

"SR. COLLINS: Constituyeron unos usufructos.

"DR. GÓMEZ: ¿Usted nos puede precisar las fechas más o menos de eso?, si lo recuerda.

"SR. COLLINS: Fue como a finales del 2009, esa plata, digamos la plata que ellos estaban garantizando y eso es bueno aclararlo, no era para la Concesión Bogotá Girardot sino como ellos entraban en tantos negocios a la vez era para una plata que ellos usaron creo yo en la 26, en el contrato que tenían con el IDU. Eso lo deduzco porque después les contaré cómo Sumatoria llegó a nuestra concesión, y como llegó se fue, o sea, yo no supe a qué hora llegó y no supe a qué hora se fue.

"DR. ARANGO: ¿Mientras estuvieron vigentes los usufructos en los órganos de administración de la sociedad quién intervenía, Sumatoria?

"SR. COLLINS: Sumatoria, y los Nule también; porque es que el usufructo era sobre el 17 y medio por ciento de las acciones de cada uno, o sea, 17 y medio por ciento del 25% que tenía Char, y 17 y medio por ciento del porcentaje que tenía los Nule con las dos firmas que le estoy mencionando, con Gas Capital y MNB.

"DR. ARANGO: No era sobre toda la participación.

"SR. COLLINS: No era sobre toda, o sea, que estando Sumatoria todavía los Nule tenían asiento en la Junta.

"DR. ARANGO: ¿Sabe por qué se acabó eso en relación con Sumatoria?, más o menos.

"SR. COLLINS: Sí, más o menos, Sumatoria tenía eso firmado como me preguntaba el doctor, antes del 2010, y realmente hizo uso de ese derecho a partir del 2010 cuando ya los Nule estaban como tambaleando digamos ya habían salido de la etapa en que eran los nuevos grandes cacaos, y ya estaban en la etapa en que iba ser un... la gestión de los Nule porque históricamente quiero recordarles que hasta finales del 2009 los Nule eran

los grandes ejecutivos, la nueva ola de la oligarquía, todo el mundo quería estar donde estaban los Nule, después del 2010 nadie conocía a los Nule.

"...
"DR. GÓMEZ: A mí me quedó una sola inquietud en una de las cosas últimas que usted dijo, dijo, hoy tengo yo ya el control del negocio, ¿hoy cómo está esa composición accionaria?, hoy, de la concesión.

"SR. COLLINS: Éramos 25 y 25, el doctor Alejandro Char que tenía el 25, puso en venta sus acciones, como no se pueden comprar las acciones porque el compromiso con la ANI es que no se puede cambiar la composición accionaria sin el permiso de la ANI y la ANI no ha dado ningún permiso entonces se usó la figura del usufructo, hay un usufructo que da el doctor Alejandro Char con el compromiso implícito de que realmente es una venta pero que esa venta no se puede formalizar sino hasta cuando la ANI,

"DR. GÓMEZ: ¿Quién es el usufructuario?

"SR. COLLINS: El usufructuario son tres personas, tres firmas, una se llama CDI es la firma de los hijos míos, los hijos míos tienen una firma que se llama CDI, por qué hay que usar la firma de los hijos míos y de la señora mía, porque el contrato desde el principio prohíbe la venta entre los socios originales, es decir, no se puede que los Nule me vendan a mí o que yo le venda a Alejandro Char, entre los socios originales no puede haber ninguna clase de venta, y si va a ver hacia uno externo tiene que contar primero con la anuencia de la ANI, y si no, no es válida la venta.

"DR. ARANGO: Ese es uno de los usufructuarios.

"SR. COLLINS: CDI figura entre los 25%.

"DR. GÓMEZ: Usted habló de tres usufructuarios.

"SR. COLLINS: Sí, correcto, de ese 25% lo compraron "tres".

"DR. ARANGO: La firma de sus hijos, y quién más.

"SR. COLLINS: La hija mía.

"DR. ARANGO: ¿La hija suya como persona natural?

"SR. COLLINS: No, como socia de una firma que se llama CDI, CDI es Collins Díaz Ingenieros.

"DR. GÓMEZ: Pero es la misma, es la primera que usted nos dijo.

"SR. COLLINS: Es la misma, esa es la misma.

"DR. GÓMEZ: ¿Las otras dos dónde están?

"SR. COLLINS: La otra se llama Proyecsa, es una firma del hijo y de los sobrinos de mi socio, de Gilberto Álvarez, entonces Proyecsa también tiene un pedazo ahí; y el otro pedazo lo tiene mi compañera sentimental actual con una firma que se llama Construirte; pero Vergel y Castellanos que también tenía el 25%, estamos hablando del 25% de Alejandro Char. Entonces el 25% de Vergel & Castellanos tiene una historia un poquito más enredada. Vergel y Castellanos le pidió plata prestada a una firma que ahora está muy sonada en los periódicos que se llama Interbolsa, le prestó 20 mil millones de pesos y le dio como garantía el usufructo de las acciones en la concesión con los derechos políticos incluidos.

"En el devenir de estos problemas que habido Vergel y Castellanos tuvo problemas económicos e Interbolsa también, entonces Interbolsa buscó a quién venderle ese usufructo que tenía, esos derechos políticos, la firma que compró ese 25% se llama Promotora Montecarlo, Promotora Montecarlos es la firma de mi socio de toda la vida que se llama Gilberto Álvarez, o sea que, nosotros teníamos una firma que se llamaba Álvarez y Collins, la tenemos mejor dicho, Álvarez y Collins. La parte Collins, ya cuando llegaron los hijos, entonces la parte Collins hizo una firma que se llama Constructora Carlos Collins que es la que yo presido Constructora Carlos Collins, y el doctor Álvarez y Collins hizo una firma que se llama Promotora Montecarlo, entonces Promotora Montecarlos le compró a Interbolsa el crédito con los derechos políticos, todo esto con permiso escrito de Vergel y Castellanos, o sea, Vergel y Castellanos estuvo de acuerdo en que Interbolsa le vendiera al doctor Álvarez, a Promotora Montecarlos el 25%.

"Quedamos así: Álvarez y Collins que tenía originalmente el 25 tiene el 25; el 25 que era de Vergel y Castellanos ahora es de Promotora Montecarlos.

"DR. GÓMEZ: Que es de su socio.

"SR. COLLINS: Que es mi socio, que es mi socio de toda la vida. El 25% que era de Alejandro Char es de las tres firmas que es mi señora, mi hija, y también Promotora Montecarlos y Proyecsa es como si fuera Montecarlos; y queda otro 25% que es el de la liquidación de los Nule, esa es la composición accionaria actual. Por eso es que le digo yo que en este momento prácticamente yo tengo el 75%, todo no a mi favor sino tengo control del 75%; el 25% de los Nule que está representado por el liquidador que es el doctor Pablo Muñoz y eso sí no tengo yo control.

"Valga la pena aclarar porque con la presencia de los doctores de la ANI que no hay venta como tal, lo que se ha comprado son básicamente los derechos políticos de la concesión, pero venta no porque no se puede, porque el contrato es muy claro de que no se puede cambiar la composición accionaria porque el contrato se hizo en lo que ustedes los abogados llaman intuitu personae, tienen que estar las mismas personas ahí representando a eso; pero sí se permite la figura del usufructo". (se subraya)

En la audiencia del 6 de agosto de 2013 el testigo Carlos Collins expresó[552]:

"DR. BOHORQUEZ: Uno de los segmento de este universo contencioso está relacionado con la composición accionaria que se dice fue modificada sin autorización de la..., la pregunta puntual que yo le hago es, si estos asuntos relacionados con las modificaciones de las participaciones y movimientos a los cuales ya usted ha tenido ocasión de referirse, tuvieron al interior de la Concesión requerimientos de la Agencia, reclamos de la Agencia, reuniones de la Agencia con la Concesión, ¿puntualmente qué gestión se hizo entre la Agencia y la Concesión para remediar esa situación?

"SR. COLLINS: Ninguna que yo me acuerde, es decir, entre otras cosas porque no es cierto que se haya modificado la composición accionaria de la Concesión, es decir, sea modificado la composición política en las Juntas Directivas pero lo que hay ahora es exactamente la misma composición accionaria que hubo al principio del contrato.

"Se la repito para que la recuerde. MNB y Gas Capital tienen el 25% de la Concesión, MNB y Gas Capital; después veremos en qué condiciones está MNB hoy pero que ellos tienen el 25%; Vergel y Castellanos tiene el 25%, hoy todavía lo tiene el 25%; el señor Alejandro Char tiene el 25%; y la firma Álvarez y Collins tiene el 25%, eso hace el 100%; hoy esa es la composición accionaria de la Concesión, hoy, o sea, que desde el principio hasta hoy no habido ninguna modificación.

"Ya como yo preveo el sentido de su pregunta, le aclaro lo siguiente, en uso de las facultades que tiene cualquier propietario, los señores Vergel & Castellanos hicieron un usufructo con la firma Interbolsa para que Interbolsa les prestara una plata creo que eran como 20 mil millones de pesos. La firma Interbolsa, de pronto ya era los primeros coletazos de la crisis que tienen ahora, necesitó su plata y Vergel y Castellanos no se la podía pagar, entonces el socio mío, que tiene una firma que se llama Promotora Montecarlo, le compró a Interbolsa la deuda, le compró la deuda y le compró la deuda que además iba apareada con los derechos políticos dentro de la Concesión pero no las acciones, las acciones siguen siendo de Vergel y Castellanos, o sea, la... propiedad es de Vergel y Castellanos. Entonces, mi socio entró en la Junta Directiva representando las acciones de Vergel & Castellanos que todavía son de Vergel y Castellanos.

"El señor Alejandro Char, le vendió a un grupo de empresas de las cuales está una empresa de los hijos míos, le vendió, perdón, le hizo unos usufructos y ese grupo de empresas le dio una plata al señor Alejandro Char, creo que fueron 13 mil millones de pesos, el señor Alejandro Char hoy tiene la... propiedad de sus acciones, el 25, y tiene que responder si

[552] Cuaderno de Pruebas No 31, folio 99 y siguientes.

algo le pasa con la Concesión él es el accionista, no es los otros; y los Nule, pues los Nule entraron en un proceso de quiebra se llama, ahí ellos tienen un señor que se llama el liquidador, el liquidador en este momento es el doctor Pablo Muñoz quien representa el 25% de las acciones de MNB y Gas Capital que todavía son los dueños del 25%, o sea, que no habido tal cambio de composición accionaria."

Por su parte el señor Julio Enrique Torres, quien manifestó haber sido el gerente de Constructora Montecarlo, declaró lo siguiente[553]:

"DRA. RUÁN: Usted estuvo en la asamblea en marzo/10?

"SR. TORRES: Sí, sí estuve.

"DRA. RUÁN: A esa asamblea asistieron por primera vez los representantes de Sumatoria?

"SR. TORRES: Sí, ese día fue el día en que nos enteramos que Sumatoria tenía participación en Bogotá-Girardot.

"...

"SR. TORRES: El día de la asamblea fue el día que conocimos un negocio de una garantía que le dieron los Nule a ese grupo.

"DR. GÓMEZ: Que le dieron quién?

"SR. TORRES: Los Nule a ese grupo, la empresa de los Nule.

"DR. GÓMEZ: Qué garantía?

"SR. TORRES: Un usufructo de las acciones de ellos.

"DR. CÁRDENAS: Usted recuerda más detalles de esa operación, en qué consistía el usufructo?

"SR. TORRES: Sé que los Nule hicieron un préstamo para el contrato de la 26, de Transmilenio, y en garantía dieron las acciones de Bogotá-Girardot, la participación de ellos.

"DR. CÁRDENAS: Y esa garantía se estructuró bajo la forma de usufructo.

"SR. TORRES: De un usufructo que le dieron si mal no recuerdo a una empresa que se llamaba Sumagas que era de Sumatoria.

"DR. ARANGO: Estos señores consiguieron un crédito.

[553] Cuaderno de Pruebas No 33, folio 147 y siguientes.

"SR. TORRES: Este grupo y lo garantizaron por Bogotá-Girardot.

"DR. ARANGO: Y el prestamista era Sumatoria?

"SR. TORRES: El prestamista era Sumatoria o Sumagas, que no entiendo bien cómo es.

"DR. ARANGO.: Uno de los dos, era Sumagas o Sumatoria.

"SR. TORRES: Pero eran los mismos, era el mismo grupo.

"DR. ARANGO: Y les garantizaron ese crédito con un usufructo.

"SR. TORRES: Con un usufructo de las acciones de Bogotá-Girardot, creo que incluía los derechos económicos y políticos.

"DR. GÓMEZ: Eso les permitió empezar a asistir a junta.

"SR. TORRES: Ese fue el día que nos enteramos de eso.

"DR. ARANGO: Pero no es que hayan cedido el contrato.

"SR. TORRES: No, la... y las acciones hasta ahora siguen siendo…

"DR. GÓMEZ: Pero los Nule en ese momento sí perdieron el control político de esas acciones?

"SR. TORRES: No lo perdieron totalmente porque dejaron como el 15%.

"DR. GÓMEZ: No fue la totalidad?

"SR. TORRES: No dejaron la totalidad, en uno de los estatutos se decía que la mayoría era como del 85% entonces siguieron participando en junta directiva, en esa época creo que a través de Camilo... ellos ya no iban sino que mandaban a Camilo.

"DR. GÓMEZ: Cuánto tiempo estuvo Sumagas en esa junta?

"SR. TORRES: Hasta principios de 2011 me parece, no estoy muy seguro, ellos estuvieron hasta cuando se dio una discrepancia o una pelea con los bono tenientes y cuando nosotros decidimos luchar por conservar la concesión, un día ese grupo nos llamó y dijo que renunciaba a esa garantía, no sé por qué.

"DR. ARANGO: Los otros grupos accionistas de la Concesión, todos o algunos, también constituyeron usufructo sobre sus acciones, estoy pensando en el grupo Char, en el grupo Álvarez & Collins, y con ese usufructo qué estaban garantizando?

"SR. TORRES: Vergel & Castellanos hizo también un usufructo con Interbolsa por un préstamo que le hizo Interbolsa a Vergel & Castellanos, en ese momento quedó con sus derechos políticos y económicos la empresa Interbolsa, pero en determinado momento no sé si por liquidez o por algo que no estaba de acuerdo con los problemas del momento de Bogotá-Girardot Interbolsa decidió ofrécele a Montecarlo, la empresa que yo represento, el contrato de usufructo que tenía con Vergel & Castellanos, Interbolsa le pidió autorización a los socios de Vergel & Castellanos y ellos aceptaron, y Montecarlo quedó con el usufructo de esas acciones.

"DR. ARANGO: Y quién pagó la deuda de Interbolsa?

"SR. TORRES: Constructora Montecarlo.

"DR. GÓMEZ: O sea que Montecarlo se quedó además de su 25% original de Álvarez & Collins con el usufructo de esas acciones.

"SR. TORRES: Con el usufructo de las acciones de Vergel.

"DR. GÓMEZ; De Vergel & Castellanos.

"SR. TORRES: Tenía los derechos económicos y políticos más la nueva propiedad.

"DR. ARANGO: Y el grupo Char.

"SR. TORRES: El grupo Char más adelante cuando sale sumatoria decide también ofrecerles un usufructo por sus acciones y las tres empresas del grupo Álvarez & Collins que son Proyecsa, Construirte y..., en partes iguales las tres.

"DR. CÁRDENAS: Ya que ustedes tuvieron uno de esos usufructos cómo funcionaban esos usufructos, qué pasaba si no se pagaba el crédito garantizado?

"SR. TORRES: Si no se pagaba el crédito se perdía los derechos políticos y económicos, no se podía dejar de pagar.

"DR. CÁRDENAS: Pero podía ocurrir que no se pagara, en ese momento qué pasaba con el acreedor, qué decía el acreedor como usufructuario que se vencía el plazo y no se pagaba?

"SR. TORRES: Le cobraba unos intereses y obviamente ya después de esos intereses de mora si no se cumplía venían unas sanciones más altas que no recuerdo, pero lo último era perder ese derecho.

"DR. CÁRDENAS: Perder las acciones?

"SR. TORRES: Perder…

"DR. CÁRDENAS: Pero el acreedor podía quedarse con las acciones?

"SR. TORRES: Sí.

"DR. CÁRDENAS: Estaba previsto que se podía?

"SR. TORRES: Tenía opción de compra, si mal no recuerdo era por 5 mil millones, algo así, o 5%, no recuerdo.

"DR. ARANGO: Esas compañías del grupo Álvarez y Collins que fueron las usufructuarias de las acciones del grupo Char recibieron ese usufructo a cambio de un préstamo me imagino.

"SR. TORRES: Sí, correcto.

"DR. ARANGO: Recuerda la cuantía del préstamo?

"SR. TORRES: Algo así como $13 mil millones.

"DR. ARANGO: Las acciones de Álvarez & Collins también cedieron en usufructo?

"SR. TORRES: No, nunca.

"DR. ARANGO: No cedieron en usufructo.

"SR. TORRES: Álvarez & Collins siempre fue la empresa que siempre estuvo ahí respondiendo por todas las obligaciones y por todo lo de Bogotá-Girardot y no, nunca hizo eso, Álvarez & Collins se dedicó a la ingeniería.

"DR. GÓMEZ: Hoy cómo está esa composición accionaria, sobre todo se lo pregunto porque una de las discusiones que ha habido en este Tribunal es esa, es si hubo o no un cambio de la posición accionaria versus lo originalmente previsto en el pliego, en el contrato, en su 25% original de cada uno, hubo ese cambio, no lo hubo, hoy cómo está el control de la Concesión, cuál es la composición de hoy?

"SR. TORRES: 25% Álvarez & Collins, 25% Vergel & Castellanos, 25% Alex Char y 25% el grupo Nule…

"DR. GÓMEZ: Pero sin control político de eso.

"SR. TORRES: … la otra mitad.

"DR. ARANGO: Pero esos son nuevos propietarios, uno es Álvarez & Collins y otros son nuevos propietarios.

"SR. TORRES: ... son nuevos propietarios, la composición accionaria no ha cambiado.

"DR. CÁRDENAS: Hoy quiénes son usufructuarios.

"SR. TORRES: Hoy son Constructora Montecarlo.

"DR. GÓMEZ: Que es Álvarez & Collins.

"SR. TORRES: Hace parte pero no es lo mismo, es uno de los socios de Álvarez & Collins, otro es Construirte que es la señora de Carlos Collins, ...que es otra empresa de Constructora Montecarlo y ... que es de los hijos de Carlos Collins.

"...

"DR. ARANGO: Qué porcentaje tienen de los derechos de voto de la sociedad?

"SR. TORRES: Carlos Collins tiene un puesto por Álvarez & Collins, yo tengo otro por Constructora Montecarlo, la señora de él tiene otro por el usufructo de Char.

"DR. ARANGO: Esos son puestos en la junta.

"SR. TORRES: Falta el de Pablo Muñoz, el liquidador de los Nule.

"DR. ARANGO: Esos son puestos en la junta, le estoy preguntando por el derecho de voto en la asamblea.

"SR. TORRES: No, el derecho de voto en la asamblea lo ejerce también el usufructuario.

"DR. ARANGO: Quién controla?

"SR. TORRES: El grupo Álvarez & Collins" (se subraya).

Adicional a lo anterior, observa el Tribunal que en el expediente obra documentación relativa a la operación de usufructo realizada sobre las acciones de Vergel y Castellanos Ingenieros Asociados Ltda. En efecto, en el contrato celebrado entre Interbolsa y Montecarlo se narran los antecedentes de la operación y allí se indica[554]:

"1. El día veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2.010) El CEDENTE celebró con el CONSORCIO VERGEL y CASTELLANOS contrato de venta de cartera, de cuyo objeto es el siguiente:

[554] Cuaderno de Pruebas 31, folios 308 y siguientes.

"EL VENDEDOR, con responsabilidad de su parte, transfiere a título de venta real, en firme, irresoluble y efectiva a EL COMPRADOR, el cien por ciento (100%) de la cartera o de los Ingresos futuros que se generen con ocasión de la ejecución de la OFERTA MERCANTIL celebrada entre EL VENDEDOR y LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ - GIRARDOT S.A. y que se encuentre instrumentada en FACTURAS DE VENTA, ACTAS DE OBRA, CUENTAS DE COBRO, RESOLUCIONES QUE RECONOZCAN ACREENCIAS, DOCUMENTOS DE CONTENIDO CREDITICIO, SENTENCIA JUDICIAL, LAUDO ARBITRAL o cualquier otro título representativo de sumas de dinero causadas y adeudadas, o que se lleguen a causar en adelante, a favor de EL VENDEDOR, en virtud de la ejecución de la OFERTA MERCANTIL, La presente venta de cartera incluye el Impuesto al Valor Agregado (IVA).

"PARÁGRAFO PRIMERO: El presente contrato no se extiende a las obligaciones de EL VENDEDOR derivadas de la OFERTA MERCANTIL, las cuales son de su exclusiva responsabilidad, por lo que EL COMPRADOR no asume obligación alguna a favor de LA CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.

"PARÁGRAFO SEGUNDO; Sin perjuicio de que se entienda negociada desde la fecha del presente documento, para el perfeccionamiento del traspaso de la CARTERA OBJETO DE VENTA, que en adelante se vaya generando, deberá ser endosada o cedida por EL COMPRADOR a EL VENDEDOR, en la medida en que se vaya causando o generando derecho a su cobro, a más tardar al día siguiente de la presentación de los respectivos documentos de deuda o de cobro, por parte de VENDEDOR a la CONCESIONARIA, con la respectiva aceptación por parte de ésta."

"2. Mediante contrato de fecha veintiocho (28) de mes de abril de dos mil diez (2.010) la sociedad VERGEL Y CASTELLANOS SA, otorgó a favor de EL CEDENTE contrato de usufructo sobre el veinticinco por ciento (25%) de las acciones de la CONCESIÓN BOGOTÁ AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., y cuyo objeto es el siguiente:

"1.1. El Propietario, como propietario del veinticinco por ciento (25%) de las acciones de la sociedad CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTA GIRARDOT SA, (en adelante la "Sociedad") que se relacionan en el Anexo No. 3 del presente contrato (en adelante las "Acciones") mediante la suscripción del presente documento otorga a USUFRUCTUARIO el usufructo de las Acciones, consistente en el uso y goce de las mismas, en los términos del presente contrato. Para estos efectos, el NUDO PROPIETARIO declara y garantiza que las Acciones se encuentran libres de cualquier gravamen o limitación de dominio, en desarrollo de lo cual entrega et certificado emitido por el revisor Fiscal de la sociedad que se adjunta como Anexo No. 4 del presente Contrato.

"1.2. El usufructo de las Acciones incluye (en adelante los "Derechos del USUFRUCTUARIO"):

"1.2.1. Todos los Derechos políticos o de participación y derechos económicos inherentes a la calidad de accionista bajo la legislación Colombiana en relación con las Acciones, conforme a lo establecido en el artículo 379 del Código de Comercio.

"1.2.2. El derecho a recibir las utilidades sociales.

"1.2.3- En general, todos los derechos económicos y políticos que le corresponden o son inherentes a las Acciones, excepto por (i) el derecho a transferir, o enajenar, o gravar la nuda propiedad de las Acciones; y (ii) el derecho de reembolso de las Acciones al tiempo de la liquidación, derechos que conservará el NUDO PROPIETARIO, sin perjuicio de la previsión contenida en la cláusula cuarta del presente contrato.

"1.3. El USUFRUCTUARIO restituirá los Derechos del USUFRUCTUARIO sobre las Acciones al NUDO PROPIETARIO una vez termine el presente Usufructo, salvo que se ejercite la opción de compra ("CALL") sobre la nuda propiedad de las Acciones (en adelante la "Opción de Compra de las Acciones") de que trata la clausula 9 del presente Contrato."

"3. Así mismo, la SOCIEDAD VERGEL Y CASTELLANOS S,A. y sus socios otorgaron a favor de EL CESIONARIO, pagaré con espacios en blanco y su respectiva carta de instrucciones.

"4. Que la sociedad VERGEL Y CASTELLANOS S.A. autoriza ceder el contrato de usufructo a favor de EL CESIONARIO" (se subraya).

Ahora bien, el contrato celebrado entre Interbolsa y Montecarlo tiene el siguiente objeto:

"CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO: En virtud de este contrato, EL CEDENTE cede de manera irrevocable v sin responsabilidad de su parte, a favor de EL CESIONARIO, siguientes contratos:

"2.1 EL contrato de venta de cartera de fecha día veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2.010), suscrito entre EL CEDENTE y el CONSORCIO VERGEL Y CASTELLANOS.

"2.2 El contrato de usufructo sobre el veinticinco por ciento (25%) de las acciones de la CONCESIÓN BOGOTÁ AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A, suscrito entre EL CEDENTE y la sociedad VERGEL Y CASTELLANOS S.A. el día veintiocho (28) del mes de abril de dos mil diez (2.010).

"2.3. El pagare en blanco junto con la carta de Instrucciones de fecha 28 de abril de dos mil diez (2.010), que le fue entregado por el consorcio

VERGEL Y CASTELLANOS, para instrumentar el saldo de la deuda, si fuere necesario, el que se entrega con la autorización del consorcio para que pueda ser llenado por parte del CESIONARIO, si fuere el caso".

Adicionalmente obra en el expediente el siguiente certificado del Revisor Fiscal de la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot[555]:

"EL SUSCRITO REVISOR FISCAL DE LA "CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A." NIT. 830.143.442-7 ALEXANDER CAMARGO MAHECHA, IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 79.321.183 DE BOGOTÁ Y TARJETA PROFESIONAL No. 29.194-T EXPEDIDA POR LA JUNTA CENTRAL DE CONTADORES

"CERTIFICA QUE:

"De acuerdo a registros contables y el libro de accionistas de la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT SA, la composición accionaria de la compañía a los veintidós (22) días del mes de junio de 2011, está conformada de la siguiente manera:

ACCIONISTA	IDENTIFICACIÓN No.	NUMERO DE ACCIONES	%DE PARTICIPACIÓN
ALVAREZ Y COLLIN S.A.	890.402.701	2.500	25,00%
VERGEL Y CASTELLANOS INGENIEROS ASOCIADOS LTDA	800.057.402	2.500	25,00%
ALEJANDRO CHAR CHALJAB	72.136.235	2.500	25,00%
GAS KPITAL GR S.A. (En Liquidación Judicial)	830.075.064	1.250	12,50%
M.N.V. S.A. (En Liquidación Judicial)	823.000.088	1.250	12,50%
TOTAL		10.000	100,00%

"Información adicional de acuerdo a lo observado en el libro de accionistas: "a. La empresa Vergel y Castellanos Ingenieros Asociados Ltda. con el Nit. 800.057.402, tiene pignoradas dos mil quinientas (2.500) acciones, a favor de la Promotora Montecarlo Vías S.A,, por concepto de la cesión de la posición contractual realizada a favor de ésta por parte de Interbolsa S.A. SAI, de un contrato de usufructo de fecha 28 de abril de 2010, registrado en este libro el 8 de octubre de 2010.

"b. El señor Alejandro Char Chaljub, identificado con la C.C. 72.136.235, tiene pignoradas dos mil quinientas (2500) acciones, a favor de Char Abdala & Cía. S en C, (hoy Bapacol S.A.S.), por concepto de prenda abierta en primer grado con tenencia del acreedor, registradas en este libro el 3 de marzo de 2010 y 17 de junio de 2011.

"c. La Empresa Gas Kpital GR S.A. con el Nit. 830.075.064, cuenta con 300 acciones embargadas por concepto de cumplimiento del auto por medio del cual se le decreta la apertura del proceso de liquidación judicial, por lo cual se registra el embargo de la participación accionaria en este libro el 9 de septiembre de 2010.

[555] Cuaderno de Pruebas No 9, folio 1134.

"d. La Empresa M.N.V. SA. con el Nit. 823.000.088, cuenta con 450 acciones embargadas por concepto de cumplimiento del auto por medio del cual se le decreta la apertura del proceso de liquidación judicial, por lo cual se registra el embargo de la participación accionaria en este libro el 9 de septiembre de 2010.

La presente certificación se expide en Bogotá a los veintidós (22) días del mes de junio de 2011".

A dicha certificación se anexa la fotocopia del libro de registro de accionistas[556], en el cual se hacen las siguientes anotaciones que destaca el Tribunal:

En el caso de Vergel y Castellanos bajo el título "pignoraciones" se anota un contrato de usufructo con Interbolsa S.A SAI y la cesión del contrato de usufructo con Promotora Montecarlo Vías S.A.

En el caso de Alejandro Char Chaljub aparece inicialmente bajo el título "pignoraciones" un usufructo a favor de Sumagas, el cual se cancela por renuncia. Posteriormente aparece registrada una prenda abierta en primer grado con tenencia del acreedor a favor de Char Abdala y Cia S en C. Finalmente, aparece registrada una prenda abierta de primer grado con tenencia del acreedor a favor de Bapacol S.A.S.

En el caso de Gas Kapital GR S.A., aparece registrado bajo el título "pignoraciones" un usufructo a favor de Sumagas, el cual se cancela por renuncia, y posteriormente se registra el embargo decretado en el proceso de liquidación judicial de Gas Kpital GR S.A.

En el caso de M.N.V S.A. inicialmente bajo el título "pignoraciones" se registra un usufructo a favor de Sumagas, el cual se cancela por renuncia; y posteriormente aparece registrado un embargo decretado en el proceso de liquidación judicial de MNV S.A.

Adicionalmente obra en el expediente[557] la certificación expedida por el revisor fiscal de la Concesión Autopista Bogotá Girardot expedida el 20 de enero de 2012, en la cual se señala lo siguiente: la empresa Álvarez y Collins tiene embargadas 2.500 acciones dentro del proceso de responsabilidad fiscal UCC/PRF 04 adelantado por la Contraloría General de la República; el señor Alejandro Char tiene embargadas 800 acciones dentro del proceso de responsabilidad fiscal UCC/PRF 04 adelantado por la Contraloría General de la República, 1020 acciones pignoradas a favor de Construirte y 660 acciones a favor de Proyetza, por concepto de usufructo; la empresa Gas Kpital cuenta con 1.250 acciones embargadas en cumplimiento de órdenes de la

[556] Folios 1136 y siguientes del Cuaderno No 9.
[557] Cuaderno de Pruebas No 33, CD, folio 22.

Superintendencia de Sociedades, y la empresa MNV cuenta con 1.250 acciones embargadas en cumplimiento de órdenes de la Superintendencia de Sociedades

Es pertinente agregar que la apoderada de la convocada en reconvención acompañó a su alegato copia del Libro de Registro de Accionistas. Como quiera que dicha prueba no se solicitó ni decretó en la oportunidad procesal procedente dicho documento no puede ser tomado en consideración. Así mismo no procede decretarla como prueba de oficio, pues no es necesaria para establecer los hechos pertinentes.

De las pruebas a las que se ha hecho referencia se desprende, de una parte, que los accionistas de la sociedad Concesión Bogotá Girardot formalmente no enajenaron su participación accionaria en dicha sociedad, pues algunos continuaron siendo plenos propietarios y otros nudos propietarios de las acciones y de hecho las acciones fueron embargadas en cabeza de los accionistas originales.

Sin embargo, varios de dichos accionistas (Gas Kapital y M.N.V.) cedieron un derecho de usufructo sobre las acciones incluyendo tanto los derechos económicos como los derechos políticos, salvo el derecho de enajenar las acciones o recibir el reembolso de las mismas en caso de liquidación de la sociedad. Por otra parte, otro de los socios cedió inicialmente el derecho de usufructo y posteriormente constituyó prenda abierta con tenencia.

Debe entonces el Tribunal analizar si las mencionadas operaciones comportaron o no una violación a la estipulación contractual.

Lo primero que debe considerarse es que el pliego exige que los miembros de la sociedad deban *"permanecer como socios de la misma, durante el plazo de ejecución correspondiente a las Etapas de Preconstrucción y de Construcción y Rehabilitación del Contrato"*. Desde un punto de vista estricto, los accionistas que constituyeron un derecho de usufructo sobre las acciones, pero se reservaron la nuda propiedad, así como aquél que dio en prenda sus acciones, continuaron siendo accionistas de la sociedad concesionaria, por lo que desde esta perspectiva no habría violación a la cláusula contractual.

Sin embargo, considera el Tribunal que el análisis no puede limitarse a tal aspecto.

Para este efecto es necesario recordar que la estipulación contractual buscaba que quienes habían *"aportado experiencia en construcción de carreteras o capacidad financiera que haya sido tenida en cuenta en la evaluación y Adjudicación de su Propuesta"* permanecieran en la sociedad. Agregaba la cláusula que la enajenación de la participación sería autorizada por el INCO

"cuando la enajenación de la participación en la sociedad sea hecha a una persona que tenga iguales o mejores indicadores de experiencia técnica y/o financiera y/o capacidad financiera que los de la persona que enajena su participación, según se tuvieron en cuenta al evaluar y adjudicar el Contrato a la Propuesta de la cual hizo parte".

Lo anterior implica entonces que con dicha estipulación el INCO buscaba asegurar que la ejecución del contrato se realizara con la participación, así fuera como accionistas, de quienes habían acreditado la experiencia o la capacidad financiera.

La conclusión anterior es de fundamental importancia porque los contratos deben ejecutarse de buena fe según los artículos 83 de la Constitución Política, 28 de la ley 80 de 1993, 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, lo que implica que cada parte debe comportarse de tal manera que la otra logre el fin previsto al contratar y en el caso de estipulaciones contractuales el fin querido por ellas.

Por consiguiente, a juicio del Tribunal no se ajustan al contrato aquellos mecanismos que conducen a una situación en la cual una de las personas cuya experiencia o capacidad financiera se tomó en consideración para la adjudicación, continúa apareciendo como accionista, pero carece de toda posibilidad de intervenir en la vida de la sociedad o en la ejecución del contrato. Aceptar que en tal caso se cumple el contrato implica en el fondo privar de sentido la cláusula contractual, pues ella queda reducida a un requisito puramente formal.

Es bueno aclarar que lo anterior no significa que deba entenderse prohibida toda constitución de gravamen o limitación sobre las acciones, pues habrá que analizar si en cada caso en la forma que se estipula implica contrariar el propósito buscado con la cláusula contractual.

Comoquiera que en el presente caso se encuentra acreditado que no se cumplieron las reglas sobre composición accionaria, se accederá a la pretensión décima quinta principal de la demanda de reconvención en el sentido que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió con la obligación contenida en los literales i) y ii) del numeral 3.1.3.2 de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública INCO-001-2003, en el sentido de mantener la composición accionaria de los integrantes del proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., en los términos previstos en el pliego de condiciones.

Por lo que se refiere a la pretensión décima sexta principal, en la que se solicita se condene al pago de perjuicios, no encuentra el Tribunal acreditado que el

cambio en la composición accionaria causó perjuicios a la entidad demandante, por lo que se negará dicha pretensión.

Así mismo se negarán las excepciones formuladas por la demandada en reconvención denominadas *"cumplimiento de la obligación de la concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. de mantener la composición accionaria"* y *"error jurídico del Inco al confundir libre negociabilidad de acciones con cesión del contrato"*.

19. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

En su pretensión 5.3 la demandante solicitó que como consecuencia de las pretensiones anteriores a la misma se declarara la excepción de contrato no cumplido. Así mismo, en la pretensión novena solicitó ratificar que como consecuencia de las declaraciones 9 y 10 anteriores la excepción de contrato no cumplido.

Adicionalmente en la contestación a la demanda de reconvención inicial, la convocante formuló la excepción *"3. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN MATERIA PREDIAL"*.

Desde esta perspectiva debe recordarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la excepción de contrato no cumplido es aplicable en materia de contratación estatal pero en forma restrictiva teniendo en cuenta el interés público que está envuelto en la ejecución del contrato estatal.

Así en sentencia del 11 de abril de 2012 (Radicación: 73001233100019970559101 Expediente: 17.851) el Consejo de Estado reiteró su doctrina sobre la excepción de contrato no cumplido en la siguiente forma:

> *"Esta figura, en principio propia de los contratos de Derecho Privado, ha sido admitida en el campo de los contratos de Derecho Público, tal como lo evidencia el pronunciamiento de la Sección Tercera, recogido en la sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739, con un alcance limitado, por razón de la naturaleza misma de los contratos de Derecho Público y por el interés general que se encuentra envuelto en los mismos a cuya satisfacción se enderezan tales vínculos contractuales, de conformidad como los apartes que se transcriben a continuación:*
>
> *"El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una razonable imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir*

pues un principio universal del derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado."[558]

"...

"...Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia[559]*que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla "do ut des"(te doy para que me des); ii) el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii)que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente."*

Como se puede apreciar, para que proceda la excepción de contrato no cumplido es necesario que exista un incumplimiento grave de la entidad estatal de tal manera que genere la razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista.

En el presente caso no ha encontrado el Tribunal acreditado que exista un incumplimiento de la entidad estatal en materia de sus obligaciones relativas al tema predial, redes de servicio público, medición del índice de estado de la vía conforme al contrato o pago de la indexación tarifaria. Por lo que se refiere al incumplimiento en el pago del riesgo geológico que se reconoce en otro capítulo de este Laudo, el Tribunal encuentra que dicho incumplimiento no cumple con las condiciones fijadas por el Consejo de Estado para que la Concesionaria pudiera invocar la excepción de contrato no cumplido, en la medida en que tal incumplimiento no colocaba al Concesionario en razonable imposibilidad de cumplir. Por lo demás como se señaló en el aparte correspondiente dicha obligación fue cumplida con posterioridad a la presentación de la demanda.

Por lo anterior se negarán las pretensiones 5.3 y 9 de la demanda principal, y la tercera excepción de la contestación a la demanda de reconvención inicial.

---

[558] Original de la Sentencia en cita: Sección Tercera, entre otras, Sentencias del 15 de septiembre de 1983, Exp. 3244; de 25 de junio de 1987; Exp. 4994; de 31 de enero de 1991, Exp. 4739 y 4642; de 15 de mayo de 1992, Exp. 5950 y de 17 de enero de 1996, Exp. 8356.

[559] Sección Tercera, entre otras, ver sentencias de 19 de septiembre de 2002, Exp.12726; de15 de marzo de 2001, exp. 13415; del 14 de septiembre de 2000, Exp. 13530; del 17 de octubre de 1995, Exp. 8790; del 21 de febrero de 1992, Exp. 5857 y del 13 de abril de 19 99, Exp. 10131.

20. PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA DE LA DEMANDA PRINCIPAL

En la pretensión primera de condena de la demanda la demandante solicitó *"CONDENAR al INCO a pagar a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT una indemnización integral de perjuicios con ocasión de sus incumplimientos contractuales"*.

Ahora bien, como resulta del análisis realizado en el presente laudo, no se encuentra acreditado que el Concesionario haya incumplido las obligaciones a las que se refieren las diversas pretensiones declarativas de la demanda, salvo el no pago oportuno de una parte de las sumas correspondientes al riesgo geológico, la cual por lo demás fue pagada durante el proceso.

Así las cosas es claro para el Tribunal que no es posible acceder a la pretensión primera de condena de la demanda.

21. SOBRE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA PRESENTADOS EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

SEGUREXPO DE COLOMBIA

i. Posición de la demandada

Señala la demandada que para el desarrollo del Contrato de Concesión No. GG 040 de 2004 y en cumplimiento de las obligaciones contractuales *y* del Otrosí No. 18, la sociedad CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., constituyó GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES otorgada por la sociedad SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., a través de la póliza de cumplimiento número 00022525.

Expresa la demandada que SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR S.A. está vinculada por los incumplimientos a las obligaciones adquiridas por la suscripción del Otrosí 18 al Contrato de Concesión No.GG-040-2004, del 24 de abril de 2009, por parte de CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., que se debaten en el trámite arbitral, específicamente, en lo que hace a las siguientes pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención presentada el 1° de diciembre de 2011 ante el H. Tribunal: décima primera principal, décima segunda principal, décima tercera principal, vigésima y vigésima principal, las que se refieren al incumplimiento y/o pago tardío en el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debidos a los

trabajadores del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot, y a los mayores costos y pagos asociados a la interventoría del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot.

Agrega que los hechos sobre los cuales se fundamentan las pretensiones y sobre los que se solicita el llamamiento de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR S.A. como garante de los reconocimientos y condenas que resulten a favor de su mandante dentro del presente trámite, se señalan en el Capitulo IV de la reforma de la demanda de reconvención presentada el 1° de diciembre de 2011

ii. Posición de la llamada

En su contestación al llamamiento[560], el llamado invocó como excepción la inexistencia del siniestro amparado, porque a su juicio no existió incumplimiento por parte de la Concesionaria en las obras referidas al otrosí 18.

Por otra parte invocó la pérdida del derecho a ser indemnizado por parte de la entidad estatal, para lo cual se refirió al artículo 1060 de Código de Comercio que le impone al asegurado la obligación de notificar al asegurador la ocurrencia de cualesquiera hechos posteriores a la celebración del contrato, que impliquen una agravación del riesgo o una variación de su identidad local, con el fin de que aquél pueda tomar una de dos decisiones: revocar el contrato, o continuar con el mismo, previo reajuste del valor de la prima, con el objeto de que guarde equilibrio con el riesgo agravado.

Señala que en el presente caso, se presentan, innegablemente, cuando menos dos situaciones agravantes drásticamente del estado del riesgo asumido por la aseguradora. Por una parte, las interferencias de redes de acueducto en los lugares de obras, que constituyen una agravación objetiva del estado del riesgo, por hechos no desplegados por la Entidad concedente, pero que siendo conocidos por ésta, debieron ser puestos de presente a la aseguradora, lo cual nunca ocurrió.

Por otra parte agrega que la más protuberante falencia la cometió en el desarrollo del iter contractual el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO (Hoy, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA), en cuanto mediante oficios No. 2011-305016485-1, 2011-305016486-1, 2011-305016487-1 y 2011-30250164986-1, disminuyó los porcentajes de recaudo del concesionario en los peajes del lugar de la concesión, agravando el riesgo de incumplimiento por parte de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., para quien por obvias razones, el recaudo en los peajes implica su principal fuente de apalancamiento financiero para dar continuidad a las obras.

[560] Cuaderno Principal No 7, folios 1 y siguientes.

De esta manera, afirma la llamada, que pese a que se presentaron circunstancias agravantes del estado del riesgo, tanto atribuibles a la Entidad (disminución en el porcentaje de recaudo de los peajes a favor del concesionario) como extrañas a ella (interferencia de redes de acueducto), dichas situaciones nunca se notificaron a la aseguradora lo cual determina inexorablemente las consecuencias que para tales supuestos determina la legislación mercantil de manera expresa, siendo éstas, la terminación del contrato y la repercusión anexa a ésta de la cesación de las obligaciones resarcitorias en cabeza de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.

Finalmente señala que en todo caso existe un límite máximo de responsabilidad por coexistencia de coaseguro. A tal efecto precisa que en la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 00022525, por virtud de la cual la aseguradora Segurexpo fue vinculada al proceso, existe un coaseguro que asciende al veintiocho por ciento (28%), a cargo de Seguros del Estado S.A. Por lo anterior la mayor obligación que pudiera atribuirse a Segurexpo sería hipotéticamente, hasta por un valor correspondiente al setenta y dos por ciento (72%) de los valores asegurados para los diferentes amparos ya que: (i) la mayor obligación imponible sería hasta el monto asegurado, y nunca superior a éste; y, (ii) para tal valor asegurado existe en la póliza No. 22525 un coaseguro por parte de Seguros del Estado S.A. que asciende al veintiocho por ciento (28%) de los valores asegurados.

iii. Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, recuerda el Tribunal que para que un llamamiento en garantía pueda prosperar es necesario determinar la existencia de la obligación condicional del asegurado, para lo cual debe establecerse la existencia del contrato de seguro y determinar la cobertura del mismo.

Desde esta perspectiva se aprecia que obra en el expediente la póliza otorgada por Segurexpo expedida el 20 de enero de 2011 y en la cual se indica como vigencia del 20 de octubre de 2010 hasta el 29 de noviembre de 2013 y 11 de noviembre de 2014 y cuyo objeto es *"Garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones según el acta aclaratoria de 28 de julio de 2010 al Otros No 18 de abril 24 de 2009 relacionado con la ejecución de la construcción de la primera etapa del sistema integrado del servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros del municipio de Soacha, como extensión de la troncal Norte-Quito-Sur"*.

Por consiguiente, encuentra acreditado que la aseguradora garantizó el pago de los perjuicios causados por el incumplimiento del Otrosí No 18 en la obra particular ya señalada.

Partiendo de lo anterior ha de analizarse las excepciones formuladas por el llamado.

En cuanto se refiere a las excepciones que la aseguradora formula y que se refieren al fondo de la demanda de reconvención formulada por la entidad estatal demandante, las mismas han sido estudiadas en este Laudo en los capítulos correspondientes, por lo que en este aparte no serán objeto de nuevo estudio y por ello sólo se analizarán los medios exceptivos que se refieren específicamente a la relación de seguro.

En relación con la excepción formulada sobre la base de que la entidad estatal omitió notificar la agravación del estado del riesgo el Tribunal encuentra lo siguiente:

El artículo 1060 del Código de Comercio dispone:

> *"El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.*
>
> *"La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.*
>
> *"Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.*
>
> *"La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada."*
>
> *"Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella." (se subraya)*

Como se puede apreciar, la ley establece la obligación para el asegurado o el tomador, según el caso, de mantener el estado del riesgo y notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local. La ley distingue la oportunidad en que

debe hacerse dicha notificación, pues cuando la modificación depende del asegurado o tomador, la notificación debe hacer con una antelación no menor de diez días a la fecha de la alteración del riesgo; pero si la circunstancia que agrava el riesgo no depende de ellos la notificación debe hacerse dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento del hecho. La falta de notificación da lugar a la terminación del contrato.

Ahora bien, como ha señalado la Corte Suprema de Justicia la obligación de notificar la agravación del estado del riesgo busca preservar el equilibrio del contrato de seguro en particular entre el riesgo y la prima y por ello las circunstancias que deben notificarse son aquellas que de haberse conocido hubieran dado lugar a no celebrar el contrato o celebrarlo en condiciones más onerosas para el tomador. Como dice la doctrina Francesa son circunstancias que aumentan la probabilidad o intensidad de riesgo[561]. En tal sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia[562]:

> *"De esa manera, el régimen jurídico de la agravación del riesgo busca restablecer la equivalencia entre la prima y la nueva declaración del estado del riesgo, ajustada a los hechos o circunstancias agravantes que sobrevengan luego de haberse ajustado el contrato;...*
>
> *"El deber de comunicación en cuestión, conforme quedó dicho, recae sobre hechos y circunstancias que no eran previsibles en el momento en que se ajustó el seguro y de tal entidad que si el asegurador los hubiere conocido no lo habría celebrado, o lo hubiese concluido en condiciones más onerosas para el tomador del mismo; por tanto, de lo que se trata es de denunciar la agravación del riesgo, entendida ésta como el aumento de la probabilidad de realización del siniestro o de la magnitud de sus posibles consecuencias dañosas."*

Desde esta perspectiva debe observarse que la obligación de notificar la agravación del estado del riesgo en el Código de Comercio existe a cargo del asegurado y del tomador, según el caso, sin embargo, el alcance y particularmente los efectos del incumplimiento de dicha obligación han sido discutidos en relación con la garantía de cumplimiento.

Ahora bien, en este punto debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia y el propio legislador han reconocido que el seguro de cumplimiento se sujetan a reglas particulares en razón de la función especial de garantía que cumple.

Así la ley ha previsto reglas especiales para el seguro de cumplimiento en materia de contratación estatal. En efecto, la Ley 1150 de 2007 dispone en los dos primeros incisos de su artículo 7 lo siguiente:

[561] M. Picard et A. Besson, Les assurances terrestres en droit français. ED. Lgdj, Paris, tomo I página 133
[562] Sentencia del 3 de marzo de 2009 Ref.: Expediente No.11001 3103 039 1999 01682 01.

"ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

"Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales."(se subraya)

De esta manera, a diferencia de los demás seguros, el de cumplimiento no expira por la mora en el pago de la prima, ni puede ser revocado unilateralmente, pues de una parte el pago de la prima normalmente es a cargo del contratista y la póliza de cumplimiento no puede depender de la conducta de aquel frente a cuyo incumplimiento se busca proteger a la entidad estatal, y por la otra, la posibilidad de revocar el seguro por la aseguradora afectaría su eficacia como garantía.

Adicionalmente, el artículo 134 del Decreto 1510 de 2013 dispone en su artículo 134:

"Artículo 134. Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros. *La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista."(se subraya)*

Si bien esta última norma es posterior al seguro que se analiza, la misma corresponde a una regla que se deriva de la naturaleza del seguro de cumplimiento, pues se afectaría gravemente su función de garantía si fuera posible que conductas del tomador pudieran afectar la póliza, cuando precisamente se trata de proteger a la entidad estatal contra los incumplimientos del tomador.

En este sentido conviene recordar que frente a la posibilidad de terminar un seguro de cumplimiento por mora en el pago de la prima ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"Desde esa perspectiva, la terminación automática del seguro de cumplimiento por mora en el pago de la prima aparejaría que la aseguradora, en su calidad de garante, se desligara de su obligación por una situación atribuible al afianzado, dejando sin protección al acreedor, quien estaría

permanentemente expuesto a la aniquilación de la convención, sin ni siquiera tener noticia de ello, desde luego que esa peculiar forma de extinción no exige ser declarada, pues opera ipso iure.

"Sería, en verdad, no sólo contrario a la naturaleza de esa garantía, sino también inequitativo, que quien quiso cautelar un perjuicio derivado del eventual incumplimiento de las obligaciones de las que es acreedor tenga que soportar en este otro plano las consecuencias del comportamiento de su deudor. Por consiguiente, si el asegurador expidió la póliza y/o sus anexos sin que hubiese sido cancelado el valor de la prima, el camino que tiene delante de sí no es otro que el de perseguir su recaudo, pero en modo alguno podrá echar mano del aludido mecanismo para librarse de su compromiso.

"Mírese cómo de esa manera lo entendió el legislador cuando reguló en materia administrativa lo atinente al seguro de cumplimiento, toda vez que dispuso que "la garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral", salvaguardando así el interés público, como también debe serlo el de los particulares, protegiéndolos con una póliza vigente cuando se presenten incumplimientos imputables al afianzado.

"No puede decirse que no existe norma alguna que prohíba la terminación automática de los seguros de cumplimiento, pues en el punto debe tenerse en cuenta que el estudio de esa clase de pacto debe efectuarse "(...) en lo pertinente y en lo que sea compatible atendiendo su tipología, bajo la óptica o espectro de las normas que gobiernan el seguro, ya en lo particular como en lo general; como por ejemplo, las condiciones de la póliza, vigencia de la obligación de la aseguradora, coberturas, etc. En otras palabras, dicha modalidad aseguraticia, se nutre, por expresa disposición de la misma ley que la adoptó, de las disposiciones concernientes a los contratos de seguros (art.7° ib.), situación no extraña y, contrariamente, dada su naturaleza, de suyo inevitable, en razón a que hace parte del ramo de los amparos de daños, por ende, caracterizado como un mecanismo eminentemente indemnizatorio, deviene gobernado, en lo pertinente, por las reglas que gobiernan los contratos de esa especie. (...) Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art.1060 C. de Co.), la revocatoria (art.1159), el valor real del interés (art.1089), la terminación unilateral (art.1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art.1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938)" (sentencia de 15 de agosto de 2008, Exp. No.1994 03216 01)." (se subraya)

De esta manera, es claro que la naturaleza de garantía propia del seguro de cumplimento determina que el mismo no puede quedar sujeto a la conducta del tomador quien normalmente es la persona contra cuyo incumplimiento quiere protegese a través de la póliza el asegurado, pues como dice la Corte Suprema de Justicia no seria logico que cuando el seguro busca *"cautelar un perjuicio derivado del eventual incumplimiento de las obligaciones de las que es acreedor tenga que soportar en este otro plano las consecuencias del comportamiento de su deudor"*.

Ahora bien, en relación con el artículo 1060 del Código de Comercio debe observarse que el mismo establece el deber de mantener el estado del riesgo a cargo del *"asegurado o el tomador, según el caso,..."* y por ello dispone que *"uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local"*.

Por consiguiente, la obligacion de notificar es tanto del tomador, como de la entidad estatal, pero respecto de cada uno dicha obligación será exigible "según el caso". Así las cosas, en cada caso concreto deberá analizarse si dicho deber es o no exigible de la entidad estatal, o si por la naturaleza del mismo era exigible del tomador.

Es claro que cuando el deber de notificar es del tomador la omisión de tal deber no puede generar consecuencias desfavorables para la entidad estatal y por ello no puede dar lugar a la terminación del contrato de seguro.

Finalmente no sobra señalar que una cosa es notificar la agravación del estado del riesgo y otra notificar la existencia del siniestro, cuando se produce un incumplimiento.

Ahora bien, en el presente caso la llamada en garantía invoca las interferencias de redes de servicios públicos y la disminución de porcentajes de recaudo del concesionario, como eventos que modificaron el estado del riesgo y por ello debieron ser notificados a la aseguradora.

En cuanto se refiere a las interferencias de redes de servicios públicos es claro para el Tribunal que tal circunstancia no constituye una causal de agravación del estado del riesgo que debiera ser notificada por la entidad estatal por la siguientes razones: de una parte, si las interferencias de las redes eran un hecho imprevisible que afectara el equilibrio económico del contrato, la entidad estatal debería reconocer el correspondiente restablecimiento, caso en el cual no se incrementó el riesgo y por ello no surgió el deber de notificar. Por el contrario, si la interferencia de las redes no tuvo tales caracteristicas, esto es no

era imprevisible o no alteró el equilibrio del contrato, y en todo caso el contratista no cumplió el contrato, se trata de un evento de incumplimento que debe ser objeto de cobertura por la póliza y no de una notificación de agravación del estado del riesgo.

Por otra parte, tampoco considera el Tribunal que la entidad estatal debiera notificar a la aseguradora como agravación del riesgo la aplicación de las disminuciones contempladas en el contrato, pues las mismas eran previsibles, ya que están contempladas en el contrato para una serie de incumplimientos del contratista.

Por otra parte en cuanto a la existencia del coaseguro advierte el Tribunal que en la póliza de seguros que obra a folio 5 del Cuaderno 24 del Expediente se indica claramente que hay coaseguro con Seguros del Estado en un 28%. Por lo anterior en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1092 del Código de Comercio, aplicable al coaseguro por disposicion del articulo 1095, Segurexpo sólo debe asumir el 72% de la pérdida cubierta por la póliza.

En todo caso la responsabilidad de la asegurardora no podrá exceder el límite de la póliza. A tal efecto la póliza establece como valor asegurado por cumplimiento $11.587.200.000 y por prestaciones sociales $2.896.800.000.

Como quiera que en el presente Laudo no se condena al pago de perjuicios por un incumplimiento del contratista en el período cubierto por la póliza aportada al proceso, se negará la pretensión formulada por la entidad estatal contra Segurexpo. En efecto, el incumplimiento por el cual se condena a la demandada en reconvención al decidir la pretensión vigésima primera principal ocurrió antes de abril de 2009 y la póliza que se aportó al proceso tiene vigencia a partir del 20 de octubre de 2010.

Por otra parte, en cuanto se refiere a las pretensiones sexta principal y vigésima novena principal, no encuentra el Tribunal que obre prueba en el proceso que los predios a los que se refieren las pretensiones condenatorias sexta principal y vigésima novena principal, correspondan a las obras que debía adelantar la Concesionaria por virtud del Otrosí No 8 que se encuentra cubierto por la póliza que se examina, por lo que por esta razón igualmente se negará la condena solicitada.

SEGUROS CONDOR

i. Posicion de la llamante

Señala la convocada en su llamamiento en garantía que el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO, hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, y la sociedad CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ

GIRARDOT S.A., suscribieron el Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. GG-040-2004, y que en cumplimiento de dicho contrato la sociedad CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. constituyó una póliza de seguros otorgada por la sociedad SEGUROS CÓNDOR S.A., para garantizar el cumplimiento del Adicional no. 1 de fecha 21 de enero de 2010 al contrato de concesión no. GG-040 de 2004.

Por lo anterior, señala la entidad concedente que la sociedad CÓNDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES SEGUROS CÓNDOR S.A., es responsable de los incumplimientos a las obligaciones adquiridas en virtud de la suscripción del Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No.GG-040-2004, del 21 de febrero de 2010, por parte de su asegurado, CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., a los que se refiere la reforma de la demanda de reconvención presentada el 1° de diciembre de 2011 ante el H. Tribunal y en particular respecto de las pretensiones octava principal, novena principal, décima principal, décima primera principal, décima segunda principal, décima tercera principal, vigésima principal, vigésima primera principal, trigésima principal, trigésima primera principal y trigésima segunda principal; las cuales se refieren a los siguientes aspectos adquisición de las fajas de terreno de propiedad del Ministerio de Defensa, en los términos del Adicional No. 1; incumplimiento y/o pago tardío en el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones; mayor permanencia; incumplimiento del cronograma del otrosí No 19, y la obligación de aportar recursos a la subcuenta de predios.

ii. Posición de la llamada

Dentro del término legal la llamada se opuso al llamamiento y formuló como excepción la inexistencia de la obligación de la aseguradora por no demostrarse la ocurrencia y cuantía del siniestro[563].

Señaló el apoderado de la llamada en la respuesta al llamamiento que no existe resolución administrativa que evidencie el incumplimiento del contrato por la sociedad concesionaria ni se ha dado aplicación a la caducidad. Expresó que las condiciones de las pólizas establecen que se entiende causado el siniestro con el acto administrativo ejecutoriado que declare la realización del riego amparado en la póliza por causas imputables al contratista.

Así mismo señaló que el incumplimiento de las obligaciones por parte del asegurado hace improcedente el llamamiento en garantía.

Por otra parte expresó que en los amparos de cumplimento y pago de salarios y prestaciones sociales, técnica ni jurídicamente es procedente que el asegurado llame en garantía, por la calidad en que actúa en el proceso, es decir

[563] Cuaderno Principal No 7, folios 47 y siguientes.

demandado por incumplimiento del contrato, y en razón a que la póliza garantiza el incumplimiento del tomador y no el incumplimiento del asegurado, como equivocadamente lo interpreta INCO, al manifestar que la COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES CÓNDOR S.A, debe responder por los perjuicios que llegaré a sufrir el asegurado como resultado de la sentencia.

Agrega que a la compañía no se le debe endilgar ninguna responsabilidad por los perjuicios que llegare a sufrir el asegurado, primero, porque los perjuicios no tienen cobertura en las pólizas de cumplimiento cuando el asegurado es el sujeto que incumple el contrato, segundo, porque la compañía solo responde al asegurado si el tomador de la póliza incumple sus obligaciones, pues el riesgo de incumplimiento se encuentra en cabeza del tomador, hecho que no se configuró.

Expresa que la ejecución del proyecto se vio afectada y supeditada al cumplimiento de las obligaciones del asegurado entre las cuales se encuentra la asunción del riesgo predial, el riesgo geológico, la demora en tas suscripción del convenio interadministrativo con el Ministerio de Defensa y la disminución de ingresos, por lo que sostiene que no le es dable a INCO pretender indemnización cuando el riesgo asegurable de cumplimiento se afectó por el incumplimiento de obligaciones correlativas de dicho contratante.

Así mismo señaló que si no hay acto administrativo de caducidad no hay competencia para declarar la responsabilidad de la compañía de seguros. Agregó que de conformidad con el contrato de concesión la aplicación y efectos de la caducidad no pueden ser sometidas a arbitramento.

Señaló que en todo caso se pactó en la póliza un límite asegurado de $9.901.922.481.86

En su alegato de conclusión, un nuevo apoderado actuando a nombre de Nacional de Seguros como cesionaria de la cartera de Seguros Cóndor, señala en primer lugar, que en la pretensión octava principal en la que se reclama que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió el compromiso de pago para la adquisición de las fajas de terreno de propiedad del Ministerio de Defensa, en los términos del Adicional No.1 , en concordancia con lo establecido en las cláusulas 37 y 61 del Contrato de Concesión GG-040-2004, no es un riesgo que corresponda al adicional No 1, pues había sido adquirido y garantizado por otra póliza.

Por otra parte se refiere el llamado a las razones por las cuales las pretensiones de la ANI no están llamadas a prosperar en el fondo.

Adicionalmente se pronuncia sobre la obligación de conservar el estado del riesgo y notificar la modificación a la que se refiere el artículo 1060 del Código

de Comercio y señala que ella implica una carga especialísima de conducta para el asegurado y el tomador, originada en el principio de la buena fe y la lealtad contractual para con el asegurador, que protege a éste último contra hechos o actos que atenten contra ese conocimiento y conciencia que desde el inicio y durante la ejecución del contrato deben estar presentes a fin de permitir, ante la agravación del riesgo asumido, tomar una cualquiera de las alternativas que el legislador le confiere al Asegurador a saber: Revocar el Contrato de Seguro, lo cual no sería viable en materia de Cumplimiento, especialmente por existir norma expresa en materia contractual del Estado que prohíbe la revocación de Pólizas de Garantía, y exigir el reajuste en el valor de la prima, si a ello hay lugar.

Señala que la carga del mantenimiento del estado del riesgo le corresponde generalmente especialmente en materia contractual del Estado a la Entidad Contratante, quien es a todas luces quien ostenta el interés materia del contrato de seguro por estar así mismo interesada en la satisfacción de las obligaciones de su contratista.

A tal efecto cita al Profesor Jorge Eduardo Narváez Bonnet quien expresa "p*odría predicarse agravación del estado del riesgo, si el contratante (asegurado en este caso) no preserva el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del contrato garantizado o introduce de manera unilateral modificaciones en cuanto a la extensión o contenido de las obligaciones a cargo del contratista, haciendo más gravosa su ejecución por parte de éste;…".*

Destaca que por los oficios No. 2011-305016485-1, 2011-305016486-1, 2011-305016487-1 y 2011-30250164986-1 la Entidad concedente disminuyó los porcentajes de recaudo del concesionario, agravando el riesgo de incumplimiento por parte de La Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., para quien era indispensable contar con los recaudos a fin de dar cumplimiento a las obras de infraestructura. Señala que si bien la retención de peajes podría considerarse en aras de la discusión como una conducta previsible toda vez que el supuesto de hecho que la contiene está plasmado en una cláusula contractual, lo que no resultaba previsible era que la agravación del riesgo se produjera con la vulneración del debido proceso, la cual no era previsible o predicable de la administración, como tampoco su consecuencia frente al derecho de audiencia y de defensa del concesionario y de su asegurador.

Por ello afirma que la decisión arbitraria de la Entidad Pública de retener peajes sin escuchar al Contratista y a su Asegurador, hace que esa actitud aunque legalmente válida hasta la fecha por no haberse demandado ante la jurisdicción competente, resulte imprevisible y absurda en un Estado de derecho y además permite que el Asegurador invoque el 1060 del C de Com para que se declare de oficio la excepción de agravación del estado del riesgo por conducta imprevisible e imputable exclusivamente al Inco y, en consecuencia, se declare

la terminación del contrato de seguro a partir de los diez (10) días hábiles anteriores a la fecha en que se practicó la primera retención al CONCESIONARIO como sanción legal imputable al asegurado de acuerdo con el régimen aseguraticio.

Insiste que en el presente caso, al no haberse notificado y vinculado al procedimiento contractual sancionatorio a todos los afectados con la sanción de retención de peajes, procediendo la Administración de plano a imponer la sanción que le vino en gana, violó del debido proceso cuyo resultado no estaba previsto por las partes y por ende la decisión unilateral y abusiva de la entidad agrava el riesgo de incumplimiento para el contratista.

iii. Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, observa el Tribunal que a folio 13 del Cuaderno de Pruebas No 23 y a folio 121 del Cuaderno de Pruebas No 26 obra la póliza de seguro de cumplimiento otorgada por Cóndor cuyo objeto es el siguiente:

> *"GARANTAIZAR (SIC) EL CUMPLIMIENTO DEL ADICIONAL No.1 DE FECHA 21 DE ENERO DE 2010 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. GG-040 DE 2004-PROYECTO ... BOSA-GRANADA-GIRARDOT, RELACIONADO LA CONSTRUCCIÓN DE LAS INTERSECCIONES A DESNIVEL SAN MATEO Y TERRENOS, ELABORACIÓN DE LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS REQUERIDAS PARA LAS MEJORAS GEOMÉTRICAS DEL PROYECTO 9, ENTRE BOQUERÓN Y MELGAR, Y LAS OBRAS CORRESPONDIENTES A LA VARIANTE DE MELGAR EN PREDIOS DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.*
> *AMPAROS VIGENCIA*
> *CUMPLIMIENTO 21/01/2010 A 21/01/2012*
> *PRESTACIONES SOCIALES 21/01/2010 A 21/01/2015"*

De esta manera, está acreditada la existencia y vigencia del seguro de cumplimiento otorgado para garantizar el cumplimiento del Adicional No 1.

Ahora bien, si se analizan las excepciones formuladas por el llamado se aprecia lo siguiente:

En las condiciones Generales de la Póliza que obran en el expediente se expresa:

> *"1.2. AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO*
>
> *"EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA DE LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO TOTAL O*

PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO, ASÍ COMO DE SU CUMPLIMIENTO TARDÍO O DE SU CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO, CUANDO ELLOS SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO. ADEMÁS DE ESOS RIESGOS, ESTE AMPARO COMPRENDE SIEMPRE EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAYAN PACTADO EN EL CONTRATO GARANTIZADO."

Como se puede apreciar de acuerdo con el texto de la póliza su objeto es garantizar el cumplimiento de las obligaciones del adicional.

Ahora bien, la póliza igualmente dispone:

"7. EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA

DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1077 EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 1080 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA DEBERÁ DEMOSTRAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y ACREDITAR LA CUANTÍA DE LA PÉRDIDA, PREVIO AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA DEL CONTRATISTA GARANTIZADO Y DEL GARANTE, DE LA SIGUIENTE FORMA:

"7.1. EN CASO DE CADUCIDAD, UNA VEZ AGOTADO EL DEBIDO PROCESO Y GARANTIZADOS LOS DERECHOS DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONTRATISTA GARANTIZADO Y DE SU GARANTE, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011, LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA PROFERIRÁ EL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE EN EL CUAL, ADEMÁS DE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD. PROCEDERÁ A HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL O A CUANTIFICAR EL MONTO DEL PERJUICIO Y A ORDENAR SU PAGO TANTO AL CONTRATISTA GARANTIZADO COMO AL GARANTE

"7.2. EN CASO DE APLICACIÓN DE MULTAS, UNA VEZ AGOTADO EL DEBIDO PROCESO Y GARANTIZADOS LOS DERECHOS DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONTRATISTA GARANTIZADO Y DE SU GARANTE, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA PROFERIRÁ EL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE EN EL CUAL IMPONDRÁ LA MULTA Y ORDENARÁ SU PAGO TANTO AL CONTRATISTA GARANTIZADO COMO AL GARANTE, PARA ESTE EVENTO, EL ACTO ADMINISTRATIVO CONSTITUYE EL SINIESTRO EN LAS GARANTÍAS OTORGADAS MEDIANTE PÓLIZA DE SEGURO,

"7.3. EN LOS DEMÁS CASOS DE INCUMPLIMIENTO, UNA VEZ AGOTADO EL DEBIDO PROCESO Y GARANTIZADOS LOS DERECHOS

DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONTRATISTA GARANTIZADO Y DE SU GARANTE, , DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA PROFERIRÁ EL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE EN EL CUAL DECLARARÁ EL INCUMPLIMIENTO. PROCEDERÁ A CUANTIFICAR EL MONTO DE LA PÉRDIDA O A HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL. SI ELLA ESTÁ PACTADA Y A ORDENAR SU PAGO TANTO AL CONTRATISTA GARANTIZADO COMO AL GARANTE . PARA ESTE EVENTO, EL ACTO ADMINISTRATIVO CONSTITUYE EL SINIESTRO EN LAS GARANTÍAS OTORGADAS MEDIANTE PÓLIZA DE SEGURO".(se subraya)

De la estipulación transcrita el llamado deduce que el siniestro en el presente caso sólo puede acreditarse a través de un acto administrativo. Sin embargo, dicha conclusión es equivocada si se analiza la póliza y se tiene en cuenta el marco normativo del contrato de seguro.

En efecto, en primer lugar, la póliza garantiza el cumplimiento del adicional No 1, sin más precisiones. Si se aceptara la tesis del llamado habría que concluir que la póliza debe leerse de una manera que no corresponde a su texto, pues habría de entenderse que ella sólo cubre los incumplimientos declarados por acto administrativo. Es claro que tal no es el sentido de la póliza.

Por otra parte, si se revisa con cuidado la situación a la luz de las normas que rigen el contrato de seguro y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es claro que no es posible llegar a la conclusión del llamado, pues de conformidad con la doctrina de la Corte de los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio se desprende que el asegurado puede acreditar el siniestro judicial o extrajudicialmente, y esta regla que se desprende del artículo 1080 no puede ser modificada sino en favor de asegurado de conformidad con lo señalado en el artículo 1162 del Código de Comercio.

En efecto, dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 de febrero de 2001(Ref: Expediente No. 5670):

"....de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, aún antes de la modificación que a este último le introdujo el artículo 83 de la ley 45 de 1990, el asegurado o beneficiario podía -y puede-, según el caso, acreditar la ocurrencia del siniestro y, por ende, demostrar la pervivencia de su derecho, en forma judicial o extrajudicial. Ninguna de tales disposiciones, acorde con los postulados tuitivos que inspiran la moderna legislación atinente a la relación aseguradora, establece -ni establecía- una restricción probatoria, la que no era -ni es- posible fijar ex contractu, como quiera que por mandato del artículo 1162 de la codificación mercantil patria, reflejo de la inequívoca tendencia internacional de morigerar el radio de acción de la autonomía privada mediante el expediente de considerar imperativas a un apreciable número

de preceptos que gobiernan la aludida relación negocial –por lo menos de cara a una determinada tipología de riesgos: de masa-, el contenido del referido artículo 1080 sólo puede modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario, como ya se preveía antes de la reforma aludida, concretamente desde la expedición del Código de Comercio en el año 1971 (Decreto 410). (se subraya)"

Así las cosas, si el principio es que el beneficiario puede acreditar el siniestro judicial o extrajudicialmente, y tal regla sólo puede modificarse a favor del mismo, es claro que cuando la póliza contempla la expedición de un acto administrativo para acreditar el siniestro no puede tener por efecto limitar la posibilidad de que se acredite el siniestro judicialmente, sino simplemente reconocer la posibilidad para las entidades públicas de hacerlo unilateralmente por acto administrativo.

A lo anterior debe agregarse que constitucionalmente corresponde al juez del contrato resolver las controversias entre los contratantes de un seguro, incluyendo la materialización del riesgo, y tal principio que forma parte del derecho de acceso a la justicia no puede ser restringido por las partes.

Por lo anterior es claro que en este sentido no prospera la excepción formulada por la llamada Seguros Cóndor.

Por otra parte, en cuando al argumento que formula la aseguradora en el sentido que se alteró el estado del riesgo por razón de las disminuciones realizadas por la entidad estatal, sin que en opinión del llamado se haya respetado el debido proceso, ha de observarse, en primer lugar, que como el mismo llamado lo reconoce, desde el contrato se había contemplado la posibilidad de aplicar disminuciones de ingreso en caso de incumplimiento, por lo cual tal hecho en sí mismo no altera el estado del riesgo. Por otra parte, en lo que hace a los reparos que formula el llamado al procedimiento empleado por la entidad estatal para hacer dichas disminuciones, debe observarse que como ya se expresó en otra parte de este laudo, las partes excluyeron expresamente de la competencia del Tribunal lo relativo a disminuciones de ingresos, por lo cual el mismo no puede analizar dicho aspecto, por lo que subsiste la actuación de la entidad estatal al disminuir los ingresos que se presume legal.

Finalmente, en cuanto al señalamiento que hace el actor acerca de que la pretensión octava principal en la que se reclama que se declare que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. incumplió el compromiso de pago para la adquisición de las fajas de terreno de propiedad del Ministerio de Defensa, en los términos del Adicional No.1, en concordancia con lo establecido en las cláusulas 37 y 61 del Contrato de Concesión GG-040-2004, no es un riesgo que corresponda al adicional No 1, pues había sido adquirido y garantizado por otra póliza, encuentra el Tribunal lo siguiente:

En la Cláusula primera del Adicional No 1 se establece

> *"CLAUSULA PRIMERA. Adicionar recursos al contrato de concesión CG-040-2004 para atender los siguientes requerimientos previstos en el contrato, en documentos adiciones y complementarios del mismo y en documento CONPES 3535 DE 2008 para el proyecto vial Bosa- Granada-Girardot de la siguiente manera:*
>
> *"1. En cumplimiento de lo estipulado en el convenio de cooperación interinstitucional suscrito el 12 de febrero de 2009 con la Nación-Ministerio de Defensa Nacional en concordancia con lo estipulado en las cláusulas 37 y 61 del contrato de concesión GG-040 DE 2004 el concesionario cancelará a dicho Ministerio la suma de CATORCE MIL SETECIENTOS MILLONES ($14.700.000.000) de pesos corrientes por concepto de saldo de la compensación por predios y obras de mitigación de los efectos que genera la construcción de la variante de Melgar en el funcionamiento de las Unidades Militares"*

Ahora bien, en la cláusula sexta relativa a las garantías se expresa *"EL CONCESIONARIO deberá ... adicionar la garantía única de cumplimiento de obligaciones respecto de las obras señaladas en la Cláusulas Primera numerales 1, 2, 3 4 y cláusula segunda del presente adicional al contrato de concesión No. GG-040 ..."*[564].

Como se puede apreciar, en el Adicional No 1 se dejó claro que la garantía que se debía otorgar cobijaba las obligaciones de la cláusula primera numeral 1°.

De esta manera, el Adicional No 1 contempló el pago de las sumas al Ministerio de Defensa y señaló que una de las obligaciones que debería garantizarse a través de la garantía única era dicho pago y la póliza de cumplimiento otorgada por la aseguradora cobija todas las obligaciones del adicional No 1 sin distinción, por lo que es forzoso concluir, que contra lo que sostiene el llamado, la póliza sí cubre los incumplimientos en esta materia del Concesionario.

Finalmente, en cuanto a los incumplimientos que la aseguradora le endilga a la entidad estatal, el Tribunal ya analizó en otro aparte del laudo las conductas de las partes en el contrato de concesión para determinar sus responsabilidades reciprocas y a ello se remite.

Por lo anterior es claro que no prosperan las excepciones propuestas.

En todo caso es claro que la aseguradora tiene su responsabilidad limitada al monto señalado en la póliza. En efecto, en la misma se establece para el amparo de cumplimiento una suma asegurada de $9.901.922.481,86 y para el

[564] Cuaderno de Pruebas 3 folio 236.

amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones $4.950.961.106.04

Como quiera que en el presente laudo no se impone una condena a la demandada en reconvención por razón de los incumplimientos del contrato adicional, que es el cubierto por la póliza otorgada por Seguros Cóndor, es claro que no hay lugar a imponer una condena a la aseguradora llamada en garantía.

22. JURAMENTO ESTIMATORIO

En relación con el juramento estimatorio contenido en la demanda que dio inicio a este proceso, así como en la demanda de reconvención, debe observarse que en esta materia se ha producido un tránsito de legislación cuyas consecuencias debe determinar el Tribunal. En efecto, cuando se presentó la reforma a la demanda (25 de agosto de 2011), así como cuando se presentó la demanda de reconvención, se encontraba vigente el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por la ley 1395 de 2010. Por el contrario, a la fecha de este Laudo se encuentra vigente el artículo 206 del Código General del Proceso.

Desde esta perspectiva debe entonces determinarse cuál es la ley aplicable en este caso, pues pueden aplicarse dos reglas distintas: el principio del efecto inmediato de la ley procesal, que podría llevar a aplicar la ley vigente cuando se produce la sentencia, o el principio de legalidad propio del derecho sancionatorio y que consagra el artículo 29 de la Constitución Política, de conformidad con el cual *"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa"* y que conduce a aplicar la sanción que establece la ley vigente cuando se presenta la conducta que se quiere sancionar.

A juicio del Tribunal si bien el juramento estimatorio es una institución procesal, las consecuencias desfavorables que se presentan cuando excede el valor que se establece en el proceso constituyen propiamente una sanción. Ello se desprende del propio Código General del Proceso que señala en el parágrafo del artículo 206 que regula el juramento estimatorio que *"También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas"*. Así mismo la Corte Constitucional al analizar el régimen del juramento estimatorio en el Código General del Proceso en sentencia C-157 de 2013 examinó dichas consecuencias desfavorables como una sanción.

Tratándose de una sanción debe aplicarse el principio de legalidad en materia de derecho sancionatorio, sobre el cual dijo la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2012:

> *"Esta Corporación ha señalado que el principio de legalidad exige: "(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que éste señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable"[565] y tiene como finalidad proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial, asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal[566] y en su materialización participan, los principios de reserva de ley y de tipicidad.*
>
> *"4.3.2.1. El primero de ellos exige que sea el Legislador, como autoridad de representación popular, el facultado para producir normas de carácter sancionador. Sobre este principio de reserva de ley, la Corte ha señalado que de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional, sólo el Legislador puede establecer, con carácter previo, la infracción y las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellas[567]." (se subraya)*

Este principio de carácter constitucional es claramente de aplicación preferente, por lo que se ha de concluir que la ley aplicable para determinar las consecuencias desfavorables derivadas del hecho de que la estimación bajo juramento realizada exceda el monto determinado en el proceso debe hacerse conforme a la ley vigente cuando se hizo la estimación.

Desde esta perspectiva en el presente caso debe tenerse en cuenta el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil el cual establece:

> *"Artículo 211. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación* ***es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión****.*
>
> *"Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%)* ***de la que resulte en la regulación****, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia." (Subrayas y Negrillas fuera del texto)*

[565] Sentencia C- 475 de 2004.
[566] Ver entre otras las Sentencias C-710 de 2001, C-099 de 2003.
[567] Sentencia C-739 de 2000.

Si se examina la norma transcrita se aprecia que de acuerdo con su texto para que proceda la sanción es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

a. Que el juez advierta que la estimación es "notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión";

b. Que el juez ordene la regulación de la estimación; y

c. Que la estimación hubiere excedido en un 30% el resultado obtenido a través de los medios de prueba utilizados para la regulación.

Ahora bien, es pertinente recordar que al analizar el artículo 206 del C.G.P. que regula actualmente el juramento estimatorio, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-157 de 2013 en relación con la finalidad del régimen del juramento estimatorio: "*el propósito de la norma, valga decir, su razón de ser* [es] '*desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias*'". Así mismo en dicha sentencia condicionó la exequibilidad de la norma señalando que la *"sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado"*. Aunque estas consideraciones de la Corte Constitucional se referían al Código General del Proceso es claro para el Tribunal que los criterios que la inspiran también son aplicables a la ley 1395.

Desde esta perspectiva si se analiza el presente caso se encuentra que la demandante en su reforma a la demanda expresó:

> *"De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010 que reformó el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, me permito manifestar que para estimar de manera razonable y bajo la gravedad de JURAMENTO el monto de la cuantía aquí pretendida, debe tenerse en cuenta:*
>
> *"1. Que las pretensiones económicas de la presente demanda buscan la indemnización integral al concesionario por diversas situaciones;*
>
> *"2. Que dicha indemnización integral comprende, los mayores costos asumidos por el Concesionario y otros conceptos que hacen parte del desequilibrio económico como los menores ingresos, que requieren de la correspondiente prueba pericial;*
>
> *"3. Que de acuerdo con los cálculos razonables realizados por mi representado, el valor estimado de los perjuicios –sujeto a la comprobación probatoria de los mismos- asciende a la suma de TREINTA MIL*

TRESCIENTOS CATORCE MILLONES CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS ($30.314.041.443), a precios de 2011.

"En consecuencia, se realiza el siguiente juramento estimatorio:

"En los términos del artículo 10 de la Ley 1395 del 2010, el presente proceso tiene una cuantía estimada de TREINTA MIL TRESCIENTOS CATORCE MILLONES CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS ($30.314.041.443), a precios de agosto del 2011."

Por lo que se refiere a la demandante en reconvención en la reforma a su demanda se expresó lo siguiente sobre el juramento estimatorio:

"De acuerdo con el artículo 211 del C.P.C., modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, me permito manifestar bajo la gravedad del juramento la cuantía de la presente demanda de reconvención, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, a saber:

"1. Que las pretensiones de la demanda de reconvención buscan la indemnización integral a mi representada por los incumplimientos injustificados de la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a sus obligaciones de todo orden en atención al Contrato de Concesión No. GG-040-2004.

"2. Que dicha indemnización integral comprende los mayores reconocimientos que la entidad que represento ha incurrido e incurrirá producto de los incumplimientos de la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. a las obligaciones del Contrato de Concesión No. GG-040-2004.

"3. Que de acuerdo con los cálculos razonables realizados por mi mandante el valor estimado de los perjuicios es de aproximado de CIENTO CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS ($140.000'000.000,oo), sin perjuicio de los que se pruebe dentro del presente trámite arbitral.

"En consecuencia, la cuantía de la presente demanda se estima en la suma de CIENTO CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS ($140.000'000.000,oo)."

En los dos casos la estimación no fue objeto de regulación porque se considerara que era "notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión". Por lo demás no se aprecia que las partes al formular sus demandas hayan actuado en forma temeraria. La razón por la cual las partes no han obtenido que se imponga una condena por los valores que ellas reclaman no deriva de que la estimación fue desproporcionada, sino el hecho de que el Tribunal no acogió los

fundamentos de sus pretensiones, a pesar del obrar diligente de los apoderados.

Por lo anterior concluye el Tribunal que no procede imponer la condena prevista por el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por la ley 1395.

23. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El Tribunal teniendo en cuenta la forma en que prosperaron la pretensiones de parte y parte y los fundamentos de las mismas, de conformidad con los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil y 365 y 366 del Código General del Proceso, determina que las proporciones en que las partes deberán concurrir al pago de las costas son las siguientes: ochenta y cinco por ciento (85%) a cargo de la parte convocante, y quince por ciento (15%) a cargo de la parte convocada.

Para la determinación de las costas el Tribunal tendrá en cuenta que los gastos y honorarios de este Tribunal de Arbitramento fueron pagados por la parte convocante y convocada por mitades.

1. Honorarios de los Árbitros y la Secretaria, y Gastos del Tribunal

Honorarios de los Árbitros	$ 976.446.000
IVA 16% aplicable a los honorarios de los árbitros	$ 156.231.360
Honorarios de la Secretaria	$ 162.741.000
IVA 16%	$ 26.038.560
Gastos de Funcionamiento y Administración-Cámara de Comercio de Bogotá	$ 162.741.000
IVA 16%	$ 26.038.560
Protocolización, registro y gastos	$ 180.000.000
Total	$ 1.690.236.480
50% pagado por el INCO (hoy ANI)	$ 845.118.240
85% a cargo de la CABG	$ 718.350.504
15% a cargo de la ANI	$ 126.767.736
Total a cargo de la CABG y en favor de la ANI	**$ 718.350.504**

2. Honorarios y gastos de los peritos

A. Honorarios del perito Equity Investment	$ 130.000.000
Iva 16%	$ 20.800.000
Gastos del perito Equity Investment	$ 76.500.000
Total	$ 227.300.000
Valor pagado por la ANI (50%)	$ 113.650.000
85% a cargo de la CABG	$ 96.602.500
15% a cargo de la ANI	$ 17.047.500
Total a cargo de la CABG y en favor de la ANI	**$ 96.602.500**

B. Honorarios del perito técnico Héctor Parra Ferro	$ 340.000.000
Iva 16%	$ 54.400.000
Gastos del perito Carlos Parra Ferro	$ 343.760.000
Total	$ 738.160.000
Valor pagado por la ANI (50%)	$ 369.080.000
85% a cargo de la CABG	$ 313.718.000
15% a cargo de la ANI	$ 55.362.000
Total a cargo de la CABG y en favor de la ANI	**$ 313.718.000**

C. Honorarios del perito Cáceres & Ferro	$ 948.000.000
IVA 16%	$ 151.680.000
Total	$ 1.099.680.000
Valor pagado por la ANI (95% honorarios)	$1.044.696.000
85% a cargo de la CABG	$ 887.991.600
15% a cargo de la ANI	$ 156.704.400
Total a cargo de la CABG y en favor de la ANI	**$ 887.991.600**

3. Agencias en derecho

El Tribunal fija el valor de las agencias en derecho, tomando como parámetro el honorario señalado para un árbitro, en la suma de:	$ 325.482.000
85% a cargo de la CABG	$ 276.659.700
Total a cargo de la CABG y en favor de la ANI	**$ 276.659.700**

Se concluye lo siguiente:

TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO A CARGO DE LA CABG Y A FAVOR DE LA ANI	**$2.293.322.304**

Frente a los llamados en garantía no habrá lugar a condena en costas teniendo en cuenta que no prosperaron sus excepciones.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Protocolización, registro y otros" equivalente a $180.000.000, se ordenará su devolución a las partes en la siguiente proporción 85% a la CABG y 15% a la ANI, si a ello hubiera lugar, junto con los intereses que tales sumas hayan producido desde la fecha de su consignación. Lo anterior con el fin de asegurar que se mantenga la distribución de las costas efectivamente causadas en el proceso en la proporción señalada. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el Laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por las partes, en la proporción indicada en la condena en costas de este Laudo.

IV. DECISION

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal convocado para dirimir las diferencias surgidas entre la **CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. - CABG,** como parte convocante, y el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA)**, como parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes, en derecho,

RESUELVE:

Sobre la demanda principal presentada por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.:

PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, declarar la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer y decidir las pretensiones declarativas 15 y 16 y la pretensión declarativa consecuencial 2 de la demanda principal.

SEGUNDO: Declarar no fundadas las objeciones por error grave presentadas por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. contra el dictamen pericial financiero.

TERCERO: Declarar no fundadas las objeciones por error grave presentadas por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. contra el dictamen pericial técnico.

CUARTO: Declarar no fundadas las objeciones por error grave presentadas por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. contra el dictamen pericial sobre avalúos prediales.

QUINTO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión 1 de la demanda principal, se declara lo siguiente:

5.1. El riesgo predial es compartido entre el INCO (hoy ANI) y el Concesionario en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

5.2. El riesgo en materia de servicios públicos es compartido entre el INCO (hoy ANI) y el Concesionario en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, en relación con la pretensión 2 de la demanda principal, se declara que: De la matriz de riesgos no es posible *"DETERMINAR económicamente el alcance del riesgo predial a cargo del INCO"*.

SÉPTIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión 4 de la demanda principal, se declara que los alcances de las obligaciones económicas a cargo del Concesionario contempladas en la cláusula 61 del Contrato de Concesión GG-040-2004, modificada por el Otrosí No. 14, son los siguientes: Le correspondía al Concesionario asumir el costo de las obras y/o actividades a realizar para ejecutar las obras de Construcción de

la Variante, incorporadas al Convenio Interadministrativo suscrito entre el INCO y el Ministerio de Defensa, hasta la suma de dos mil millones de pesos ($2.000.000.000) de diciembre de 2002, y su mayor valor o diferencia debía ser sufragado por el INCO al Concesionario, mediante el mecanismo de Obras Complementarias.

OCTAVO: Por las razones expuestas en la parte motiva en cuanto a la pretensión 4.2. de la demanda principal, se declara que la obligación económica del CONCESIONARIO y el riesgo en materia de redes de servicios públicos contemplados en la Cláusula 37.19.1., que se refiere a los casos de adquisición de predios, ascienden a la suma de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS ($4.000'000.000), y una vez superado este monto, se debía pagar con cargo a la Subcuenta de Predios en la forma prevista en dicha cláusula.

NOVENO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión 5.6 de la demanda principal, se declara que el Concesionario no es responsable por el incumplimiento de las fechas de entrega previstas en la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión tal como fue modificada, en relación con los trayectos 7, 8 y 11.

DÉCIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva en cuanto a la pretensión 5.7 de la demanda principal, se declara que el Concesionario tiene la libertad contractual de realizar los cambios sobre la programación de la obra y sobre las inversiones que realice para el proyecto vial, con la limitación prevista en el Contrato para la fecha de terminación de cada tramo.

DÉCIMO PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte motiva en cuanto a la pretensión 6 de la demanda principal, se declara que las fechas límite para la entrega de los trayectos 7, 8 y 11 previstas en el Otrosí 19, no son aplicables por razones no imputables al Concesionario. Como quiera que dichos tramos ya se terminaron, no es del caso fijar una nueva programación para estos tramos.

DÉCIMO SEGUNDO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva en relación con la pretensión 6.2. de la demanda principal, se declara que la metodología de medición del índice de estado de la vía exigible a las partes es la contemplada en el contrato y, de manera puntual, la definida en el Apéndice No. 3.

DÉCIMO TERCERO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión 7 declarativa de la demanda principal, se declara que el INCO pagó por fuera del plazo acordado la suma de $91'087.105 por concepto de riesgo geológico, lo cual no constituye un incumplimiento grave.

DÉCIMO CUARTO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva en relación con la pretensión 10 de la demanda principal, se declara que el concesionario es

solidariamente responsable por las obligaciones laborales y parafiscales de sus subcontratistas en relación con el personal empleado en la ejecución del Proyecto.

DÉCIMO QUINTO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva en relación con la pretensión 11 de la demanda principal, se declara que la demandante no tiene obligación de pago a los proveedores de sus subcontratistas así como tampoco es solidariamente responsable, sin sentencia judicial que así lo declare, con los proveedores de sus accionistas, subcontratistas y cualquier tercero, distinto a los empleados de sus subcontratistas en el caso previsto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

DÉCIMO SEXTO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva en relación con la pretensión 12 de la demanda principal, se declara que en ejercicio de sus funciones de verificar el cumplimiento del Contrato de Concesión, el Interventor podía requerir al Concesionario en relación con el cumplimiento de las obligaciones laborales y parafiscales respecto de los trabajadores de los subcontratistas empleados en la ejecución de la obra y por las cuales el Concesionario es solidariamente responsable.

DÉCIMO SÉPTIMO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva en relación con la pretensión 1 declarativa consecuencial de la demanda principal (en lo concerniente a las facultades del interventor frente a las obligaciones de los subcontratistas, comunicación Concol No. 01-4482-2010 del 10 de agosto de 2010), se declara que la demandante cumplió sus obligaciones respecto de las personas que suscribieron los acuerdos conciliatorios que aparecen a folios 76 a 267 del Cuaderno de Pruebas 9 del expediente.

DÉCIMO OCTAVO: Por las razones expuestas en la parte motiva, se niegan las demás pretensiones de la demanda principal.

DÉCIMO NOVENO: Respecto de las excepciones propuestas por el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA) frente a las pretensiones de la demanda principal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, se declara:

a) Prosperan las excepciones de mérito denominadas: "2. *La financiación como obligación esencial del contrato de concesión no. GG-040-2004 a cargo del concesionario en relación con la asignación del riesgo predial*"; *"3. El riesgo predial del INCO en la ejecución del contrato de concesión GG-040-2004"*, y *"4. La gestión predial en el contrato de concesión GG-040-2004"*.
b) Prospera parcialmente la excepción de mérito 6 denominada: *"Excepción de incumplimiento de las obligaciones contractuales por culpa del*

concesionario", en sus numerales i), ii) - salvo lo señalado respecto de los trayectos 7, 8 y 11-, iii), iv) y v).

c) Prosperan parcialmente las excepciones de mérito denominadas: *"7. Falta de competencia del tribunal para conocer de las pretensiones consecuenciales de la demanda arbitral"* y *"8. Petición expresa"* en lo que tiene que ver con la falta de competencia de los árbitros frente a la pretensión declarativa consecuencial 2.
d) Prospera parcialmente la excepción de mérito denominada: *"9. Excepción de pago del soporte del riesgo geológico"*.
e) Prospera la excepción de mérito 10 denominada "*Del pago de las redes de servicios públicos"*.
f) Se deniegan las demás excepciones propuestas.

Sobre la Demanda de Reconvención presentada por el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA):

VIGÉSIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva prospera parcialmente el numeral 3 de la pretensión Segunda Principal de la demanda de reconvención, y se declara que en el evento en que la entidad demandante en reconvención sea condenada al pago de intereses moratorios en el proceso ejecutivo iniciado por la señora Leonor Gallego y otros contra el INCO (hoy ANI), tales intereses deben ser pagados por la demandada en reconvención.

VIGÉSIMO PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión quinta principal de la demanda de reconvención, se declara que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. incumplió con la obligación de la gestión predial para el Proyecto Vial Bogotá Girardot de acuerdo con lo señalado en la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, modificada a través de los Otrosíes Nos. 4, 6 y 17, generando un mayor valor en la adquisición de los predios afectos al mismo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión sexta principal, ordinales (i) y (ii), y la segunda subsidiaria de la sexta principal de la demanda de reconvención, se condena a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral, la suma actualizada de VEINTIDOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS ($22.750.576.634) por concepto de incremento en el valor de los predios cuyo avalúo dejó vencer el concesionario.

VIGÉSIMO TERCERO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión sexta principal ordinal (iv) y la segunda subsidiaria de

la sexta principal de la demanda de reconvención, se condena a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral, por concepto de predios adquiridos por el Concesionario por error, la suma actualizada de NOVECIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIUN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS ($931.421.885).

VIGÉSIMO CUARTO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión sexta principal ordinal (v) de la demanda de reconvención, se declara que en el evento en que la ANI sea obligada a pagar los predios de Balcones de Sumapaz por no haber realizado la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. la construcción por los procedimientos que técnicamente eran idóneos, la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. deberá pagar a la ANI los valores que esta última deba pagar por este concepto.

VIGÉSIMO QUINTO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión octava principal de la demanda de reconvención, se declara que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. incumplió su obligación de financiar los recursos requeridos para pagar al Ministerio de Defensa Nacional el precio de los predios de su propiedad necesarios para la ejecución del Contrato en el Trayecto 9.

VIGÉSIMO SEXTO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión décima primera principal de la demanda de reconvención, se declara que producto del incumplimiento en el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debidos a los trabajadores del Proyecto Vial Bosa - Granada – Girardot, se han instaurado ante la jurisdicción laboral las demandas en contra de la demandada en reconvención que se enlistan en la página 541 de este Laudo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva en relación con la pretensión décima quinta principal de la demanda de reconvención, se declara que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. incumplió con la obligación contenida en los literales i) y ii) del numeral 3.1.3.2 de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública INCO-001-2003 de mantener la composición accionaria de los integrantes del proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., en los términos previstos en el pliego de condiciones.

VIGÉSIMO OCTAVO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva en relación con la pretensión décima séptima principal de la demanda de reconvención, se declara que las siguientes causas han producido desfinanciación del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot: i) la contabilización de una sobrefacturación de sus

subcontratistas-accionistas, en forma directa o a través de Consorcios o Uniones Temporales, por valores que no correspondían a la real ejecución de obra, por un monto de doscientos quince mil cuarenta y tres millones ochocientos sesenta y tres mil novecientos treinta pesos con cincuenta y un centavos ($215.043'863.930,51), y (ii) la desvinculación del Proyecto de los recursos provenientes del pago efectuado por la entidad concedente con la suscripción del Otrosí No. 15 de las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, para repartir entre sus accionistas la suma de cuarenta y cinco mil setecientos millones de pesos ($45.700'000.000,oo), sin antes haber terminado las obras que se les estaban remunerando con dicho pago, en lo correspondiente a los recursos entregados al denominado Grupo Nule y a los demás subcontratistas-accionistas que no hubieran invertido estos dineros en el proyecto.

VIGÉSIMO NOVENO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva en relación con la pretensión décima octava principal de la demanda de reconvención, se declara que entre las causas que han dado lugar a la paralización o atraso de la gestión y adquisición de los predios requeridos para la ejecución del Proyecto Bosa-Granada-Girardot, y que afectaron la entrega de las obras en los plazos pactados, son las siguientes: i) la contabilización de una sobrefacturación de sus subcontratistas-accionistas, en forma directa o a través de Consorcios o Uniones Temporales, por valores que no correspondían a la real ejecución de obra, por un monto de doscientos quince mil cuarenta y tres millones ochocientos sesenta y tres mil novecientos treinta pesos con cincuenta y un centavos ($215.043'863.930,51), y (ii) la desvinculación del Proyecto de los recursos provenientes del pago efectuado por la entidad concedente con la suscripción del Otrosí No. 15 de las obras adicionales contratadas a través del Otrosí No. 8, para repartir entre sus accionistas la suma de cuarenta y cinco mil setecientos millones de pesos ($45.700'000.000,oo), sin antes haber terminado las obras que se le estaban remunerando con dicho pago, en lo correspondiente a los recursos entregados al denominado Grupo Nule y a los demás subcontratistas-accionistas que no hubieran invertido estos dineros en el proyecto.

TRIGÉSIMO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva en relación con la pretensión vigésima principal de la demanda de reconvención, se declara que la entidad demandante en reconvención incurrió en perjuicios ingentes relativos a todos los costos y pagos asociados al mayor tiempo y costos relativos a la interventoría y supervisión del Proyecto Vial Bosa – Granada - Girardot que tuvo que sufragar por la mayor permanencia que se produjo en su Etapa de Construcción por causas imputables exclusivamente a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión vigésima primera principal y segunda subsidiaria de

la vigésima primera principal de la demanda de reconvención, se condena a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI), dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral, por concepto de los perjuicios causados a que se refiere la declaración inmediatamente anterior, la suma actualizada de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS ($199.711.311).

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión vigésima sexta principal de la demanda de reconvención, se declara que para calcular la indexación de las tarifas de peaje a cobrar a los usuarios por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. debía tomarse un IPC de 12 meses anteriores al año a ajustar de acuerdo con la cláusula 20.1 del Contrato.

TRIGÉSIMO TERCERO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión vigésima séptima principal de la demanda de reconvención, se declara que no hay lugar al pago de la compensación tarifaria de que trata la cláusula 21 del Contrato a cargo de la entidad pública demandada.

TRIGÉSIMO CUARTO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión vigésima novena principal y segunda subsidiaria de la vigésima novena principal de la demanda de reconvención, se condena a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI), dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral, la suma actualizada de CUATRO MIL SETECIENTOS SETENTA MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y UN PESOS ($4.770'378.151) por concepto de diez (10) paraderos que no fueron construidos.

TRIGÉSIMO QUINTO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión trigésima de la demanda de reconvención, se declara que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. incumplió con su obligación de aportar el valor de veintitrés mil ciento treinta y seis millones setecientos trece mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos ($23.136'713.459) de octubre de 2009 a la Subcuenta de Predios, en los términos del numeral 4° de la cláusula primera del Adicional No. 1, en concordancia con lo establecido en la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004.

TRIGÉSIMO SEXTO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con las pretensiones primera subsidiaria de la sexta principal, primera subsidiaria de la vigésima primera y primera subsidiaria de la vigésima novena, las condenas contenidas en los numerales **VIGÉSIMO SEGUNDO, VIGÉSIMO TERCERO, TRIGÉSIMO PRIMERO y TRIGÉSIMO CUARTO** anteriores,

causarán intereses de mora a la tasa prevista por la ley 80 de 1993, a partir de la fecha límite fijada en este Laudo para pagar las condenas y hasta la fecha de su pago total.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva se niegan las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Respecto de las excepciones propuestas por la **CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.** en la contestación a la demanda de reconvención inicial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, se declara:

a) Prospera la excepción *"6. Cumplimiento jurídico administrativo de la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. en materia laboral"*.
b) Se deniegan las demás excepciones propuestas.

Sobre los llamamientos en garantía:

TRIGÉSIMO NOVENO: Por las razones expuestas en la parte motiva no prosperan las excepciones propuestas por el llamado en garantía SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. salvo la referente al límite máximo de la responsabildad del asegurador.

CUADRAGÉSIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva no prosperan las excepciones propuestas por el llamado en garantía CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (póliza cedida a NACIONAL DE SEGUROS S.A.) salvo la referente al límite máximo de la responsabildad del asegurador.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte motiva no hay lugar a condenar al llamado en garantía SEGUREXPO DE COLOMBIA.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Por las razones expuestas en la parte motiva no hay lugar a condenar al llamado en garantía CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (póliza cedida a NACIONAL DE SEGUROS S.A.).

Otros:

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Por las razones expuestas en la parte motiva se condena a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagar a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el presente laudo arbitral, la suma de DOS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS CUATRO

PESOS ($2.293.322.304), por concepto de costas y agencias en derecho, de conformidad con la liquidación contenida en la parte motiva.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Ordenar la devolución a las partes, en la siguiente proporción: 85% a la parte convocante y 15% a la parte convocada, de las sumas no utilizadas de la partida "Protocolización, registro y otros", si a ello hubiere lugar.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá, en la oportunidad procesal correspondiente, cuyo costo se cubrirá con las sumas a disposición del Tribunal para tal fin.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes, los llamados en garantía y a la señora agente del Ministerio Público.

CUDRAGÉSIMO SÉPTIMO: Una vez en firme este laudo arbitral, entregar a cada árbitro y a la secretaria, el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente. Por consiguiente las partes y los llamados en garantía deberán proceder a entregar, de forma inmediata, a los Árbitros y a la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

Notifíquese y Cúmplase.

Dado en Bogotá D. C., a los 13 días del mes de enero de 2016.

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Presidente

GABRIEL JAIME ARANGO RESTREPO
Árbitro

GERMÁN GÓMEZ BURGOS
Árbitro

ANDREA ATUESTA ORTIZ
Secretaria

La anterior providencia se notificó en estrados.