



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS BOGOTÁ D.C.
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
2020

PROYECTO DE GRADO

Análisis de Decisiones Arbitrales en Controversias
Derivadas de Contratos Estatales. Segunda Etapa.

Estudiante: LAURA DANIELA ALVARADO LEÓN

Director de proyecto: JAIME CHAVES VILLADA

I. PLANTEAMIENTO DEL PROYECTO

Durante el año 2015, la Pontificia Universidad Javeriana, la Universidad del Rosario y la Procuraduría General de la Nación, realizaron la primera etapa de lo que denominaron el proyecto: *Análisis de Decisiones Arbitrales en Controversias Derivadas de Contratos Estatales*. El proyecto se desarrolló con miras a obtener un compendio de fichas de los laudos arbitrales más relevantes, proferidos en el marco de controversias surgidas con ocasión de contratos estatales. Cada ficha debió contener entre otros elementos, la identificación del caso, su descripción con criterios de modo, tiempo y lugar, el planteamiento de los problemas jurídicos, probatorios y procesales en cuestión y su decisión. Todo lo anterior, con el único propósito de facilitar y agilizar la gestión legal, permitiendo tener a la mano documentos que ayudaran a identificar líneas de decisión de los Tribunales Arbitrales, temas controversiales, e información de los casos que de otra manera, no podría estar al alcance ni podría ser medida, cuantificada, comparada o analizada.

Con el incesante paso del tiempo y convencidos de que la primera etapa del proyecto aportó significativamente al cumplimiento de los propósitos que dieron lugar a su realización, surgió la necesidad de realizar una segunda etapa, la cual conserva la finalidad del proyecto en sus inicios, pero se concentra en la elaboración de fichas de laudos arbitrales proferidos durante el año 2016. Esta iniciativa se encuentra liderada por el Dr. Jaime Chaves Villada en la Pontificia Universidad Javeriana y por el Dr. Juan Pablo Cárdenas en la Universidad del Rosario.

En aras de viabilizar esta segunda edición del proyecto, el Dr. Chaves presentó solicitud de aval al Dr. Mario Roberto Molano, Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, considerando que:

- I. Existe un consenso con el Dr. Juan Pablo Cárdenas de los laudos arbitrales a trabajar;
- II. En la repartición de los laudos seleccionados, a la Javeriana le fueron asignados dieciséis (16) laudos;

- III. Revisado el número de laudos y su extensión, se determinó que el proyecto se puede realizar con tres estudiantes, que ya hubieren terminado materias en la facultad y que estuvieren interesados en participar en el proyecto;
- IV. La fecha de entrega final de este trabajo está prevista para el mes de abril de 2019;
- V. Se realizó una selección de los estudiantes que participarán en el proyecto;
- VI. Se definió una metodología de trabajo;
- VII. Esta segunda edición, al igual que la primera, servirá a los estudiantes participantes como proyecto o monografía de grado.

Bajo estas condiciones, el once (11) de diciembre de 2018 se recibió autorización por parte del Departamento de Derecho Público para iniciar con el proyecto y presentar antes ustedes el presente documento.

II. OBJETIVOS

El objetivo primordial de este proyecto es el diligenciamiento de las fichas previamente establecidas y aprobadas, a partir de los laudos arbitrales proferidos durante el año 2016, en los cuales se dirimen las controversias surgidas con ocasión de contratos estatales.

En efecto, el presente proyecto busca mantener vigente la iniciativa previamente desarrollada en la primera edición, para lo cual se reunirán tanto las fichas nuevas como las ya elaboradas. Todo esto, con el propósito de agilizar y facilitar la investigación sobre el tema objeto de estudio, propiciando el acceso a los contenidos más relevantes de los laudos de una manera estandarizada y agradable al lector. Consecuentemente, en el mejor de los casos las fichas podrían ser el insumo necesario para desarrollar un futuro sistema de información de permanente consulta en materia de contratación estatal, tal como ha sucedido por ejemplo con la relatoría del Consejo de Estado.

Eventualmente, desarrollar un sistema de fácil y permanente consulta como el que se podría implementar con las fichas del presente proyecto, traería grandes ventajas a la hora de estudiar los diferentes pronunciamientos arbitrales en materia de controversias que han

surgido en el marco de contratos estatales y que se han sido dirimidos a través del arbitraje nacional colombiano.

III. METODOLOGÍA DEL PROYECTO

Los estudiantes participantes serán responsables de presentar ante la Facultad de Ciencias Jurídicas, específicamente al Departamento de Derecho Público, las fichas de los laudos arbitrales que le fueron asignados respectivamente. Para el efecto, cada uno de forma individual realizará la lectura de los laudos, identificará los principales problemas jurídicos; analizará el pronunciamiento del Tribunal Arbitral en su integralidad y posteriormente, procederá con la elaboración de la ficha correspondiente.

El diligenciamiento de las fichas se llevará a cabo con con estricta sujeción a las recomendaciones e instrucciones del Dr. Jaime Chaves Villada. En este sentido, una vez elaborada alguna de las fichas, será presentada personalmente al Dr. Chaves, con el propósito de determinar si se encuentra conforme a los criterios establecidos en el proyecto o si es necesaria la adopción de correcciones.

Así, una vez elaboradas y aprobadas la totalidad de las fichas de los laudos que se encuentren bajo su responsabilidad, el estudiante presentará ante el departamento cada una de las fichas. Éstas serán sustentadas según lo establecido en las *REGLAS GENERALES PARA LA MONOGRAFÍA JURÍDICA COMO REQUISITO DE GRADO EN LA CARRERA DE DERECHO*, de la Facultad.

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES

I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	CONSTRUCCIONES EN ARQUITECTURA E INGENIERÍA LIMITADA – CONARQ LTDA., JORGE ALBERTO ISAAC CURE Y SALIM ARANA GEHEM Vs. FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL – CORVIVIENDA
Convocante	<ul style="list-style-type: none"> • Construcciones en Arquitectura e Ingeniería Limitada – Conarq • Jorge Alberto Isaac Cure • Salim Arana Gechem
Nacionalidad del convocante	<ul style="list-style-type: none"> • Construcciones en Arquitectura e Ingeniería Limitada – Conarq: colombiano • Jorge Alberto Isaac Cure: colombiano • Salim Arana Gechem: colombiano
Naturaleza del Convocante	<ul style="list-style-type: none"> • Construcciones en Arquitectura e Ingeniería Limitada – Conarq: Persona Jurídica; sociedad limitada. • Jorge Alberto Isaac Cure: Persona natural. • Salim Arana Gechem: Persona Natural.
Sector de Actividad Económica	Nacional
Convocado	FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL
Nacionalidad del convocado	Colombiano
Naturaleza del Convocado	Entidad pública descentralizada, adscrita a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.
Subsector del sector público	Vivienda
Ciudad y fecha del laudo	Cartagena de Indias D. T. Y C., 18 de febrero de 2016
Centro de arbitraje	Centro de Conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena
Árbitros	1. Margarita Eugenia Vélez Vásquez
	2. Virgilio J. Escamilla Arrieta
	3. Carlos E. Pareja Emiliani
Secretario	Helene Elizabeth Arboleda de Emiliani
Se presentó demanda de reconvencción	No
Cuantía de la demanda principal	\$5.088.405.588.39
Cuantía de la demanda de reconvencción	No aplica
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO	
	<p>ANTECEDENTES:</p> <p>El 22 y 28 de noviembre de 2005, CORVIVIENDA suscribió con cada uno de los 3 demandantes, convenio de asociación, denominado Unión Temporal, con el fin de ejecutar la construcción del Programa de Vivienda de Interés Social Ciudadela Flor del Campo, constituyéndose por separado en socios o unidos constructores de CORVIVIENDA en el programa.</p> <p>El proyecto que había sido planificado para ejecutarse en un año, CORVIVIENDA lo fragmentó en etapas y así sólo pudo terminar de ejecutarse en julio de 2009, casi 4 años después de firmado el contrato, lo cual a juicio de los demandantes generó mayor permanencia en obra y mayores costos administrativos estimados en \$480.018.665 y pérdida</p>

del equilibrio contractual estimada en: \$1.900.000.000.

El programa de Vivienda de interés social y sus respectivas uniones temporales se proyectó para la ejecución de 1078 viviendas de las cuales CORVIVIENDA sólo entregó subsidios para 1000. Y a su vez, desconociendo los contratos de Unión Temporal, entregó a otro constructor 161 subsidios para ejecutar en el mismo proyecto.

EL CASO:

Durante la ejecución del contrato, los demandantes conjuntamente presentaron petición solicitando el restablecimiento del equilibrio contractual y ante la ausencia de respuesta oportuna por parte de CORVIVIENDA se produjo un silencio administrativo positivo. El cual se protocolizó el 4 de septiembre de 2009 mediante escritura pública.

A juicio de los demandantes el Acto Administrativo que contiene el Silencio Administrativo Positivo, contiene una obligación expresa a cargo de la entidad con ocasión del proyecto Ciudadela Flor del Campo, acumulando las pretensiones, que ascienden a \$1.588.203.486,71.

CONARQ LTDA., socio constructor grupo ii, en desarrollo del otrosí No. 5 para la ejecución de las obras complementarias, solicitó el reconocimiento de mayores cantidades de obra por valor aproximado de \$75.548.327 y presentó factura por el saldo de obra contratada por el valor de \$16.073.407,17. Las primeras fueron reconocidas en acta firmada por la interventoría y posteriormente mediante acta de comité operativo del 24 de noviembre de 2009. Las facturas nunca fueron glosadas, ambas facturas y mayores cantidades de obra no han sido pagadas por CORVIVIENDA, lo cual ha dado lugar a intereses moratorios.

Con ocasión de la negligencia atribuida a CORVIVIENDA en el trámite de escrituración necesario para el desembolso del 20% en fiducia, los demandantes debieron asumir directamente dichas gestiones y por ellos fueron realizadas aun cuando CORVIVIENDA contemplaba un rubro específico para ello.

Los demandantes atribuyen a CORVIVIENDA el incumplimiento reiterado de las obligaciones establecidas en los contratos celebrados con los demandantes, especialmente las contenidas en la cláusula octava al ser evidenciado lo siguiente:

1. Demoras en obras de urbanismo que afectaron gravemente el flujo económico del proyecto y el cronograma de ejecución.
2. El retraso e incumplimiento en obras de urbanismo, retrasaron los desembolsos de la fiducia y en consecuencia los recursos para la ejecución del proyecto.
3. Hubo retención ilegal y reiterada de recursos para la ejecución del proyecto so pretexto de la ley 1106 de 2008, en la cual CORVIVIENDA, desconociendo la naturaleza del contrato, pretendió retener y retuvo la suma de \$25.329.060, procediendo esta retención sólo para los contratos de obra y no para los contratos de asociación o unión temporal, los cuales fueron devueltos reconociendo la improcedencia de la retención.
4. El manejo negligente del proceso de escrituración ocasionó que

	<p>CONARQ tuviera que asumir procesos que no eran su responsabilidad para agilizar los desembolsos de la fiducia.</p> <p>5. El manejo negligente de los subsidios ocasionó la pérdida de 29 de los 1029 subsidios otorgados por FONVIVIENDA y no realización de los aportes requeridos para completar las 1078 viviendas, por lo cual los socios constructores sólo pudieron construir 1000 viviendas. Sin embargo, faltando a lo establecido en los convenios con los demandantes, CORVIVIENDA asignó 161 subsidios a otro constructor con el mismo proyecto que había convenido construir con los socios.</p>
<p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS</p>	
<p>Problema jurídico principal</p>	<p>¿Cuándo surte efectos contra el estado el silencio administrativo positivo en materia de contratación estatal?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>Ha sido reiterado por la jurisprudencia: <i>“Para que opere el silencio administrativo positivo se requiere que el contratista presente su solicitud en el curso de la ejecución del contrato y que la entidad no se pronuncie sobre la misma dentro de los tres meses siguientes, según lo establece el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993”.</i></p> <p>De ese modo, el silencio o falta de respuesta por parte de la entidad a las peticiones que el contratista presente por fuera del término de ejecución del contrato, no origina presunta respuesta positiva.</p> <p>Igualmente, la corporación recordó que la omisión de la administración de responder las reclamaciones económicas presentadas por los contratistas no constituye título ejecutivo; al respecto, en providencia del 27 de 2000 se indicó:</p> <p><i>“La no respuesta administrativa no crea ni establece una obligación clara, expresa y exigible. Y no puede hacerlo, como ya se precisó, porque el silencio no es fuente de obligaciones y además, cuando ocurre – verdaderamente – con los requisitos descritos, solo autoriza, habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista y por tanto la fuente obligacional está en estos derechos y no en la omisión en responder, aunque se haya protocolizado ante notario”.</i></p> <p>Así mismo, las reclamaciones deben contener implícitamente el derecho constitutivo del contratista, pues el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes.</p> <p>Igualmente, no es suficiente para el Tribunal Arbitral considerar los efectos, en este caso, de la no contestación de la demanda para proceder, sin mayores recaudos probatorios, a la inclusión de determinadas cifras en la liquidación que se pretende.</p> <p>(...)</p> <p>Por consiguiente, si bien puede establecerse que entre las obligaciones de CORVIVIENDA estaba la de entregar el predio y se generó una demora comprendida entre la fecha de celebración del contrato noviembre de 2005 y la fecha de disposición del inmueble para el inicio de la ejecución de las obras en marzo de 2007 y para que los</p>

convocantes asumieran sus obligaciones, no puede el Tribunal reconocer la cantidad que se presenta como de exigibilidad clara, líquida y expresa, en el procedimiento para el indicado silencio administrativo positivo, dado que, en el ámbito estricto de la liquidación, tendría que estar soportada de acuerdo con los documentos que demuestren efectivamente las cantidades concretas que adeudadas por la entidad estatal tuvieron efectiva incidencia en la ruptura de la ecuación económica del contrato, causa de esta pretensión liquidatoria, especialmente en el contenido de la prueba pericial con la rigurosa sustentación contable requerida por el Tribunal al decretar oficiosamente la práctica de la experticia en esta especialidad.

Al respecto, se observa que la parte demandante expresa en la demanda, y cuando interviene en su alegato de conclusión, en lo relacionado con la configuración del silencio administrativo positivo, cómo este acto debe considerarse fundamentalmente puesto que incide de manera importante en la tasación de la pretensión sobre el restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual.

(...)

Como puede observarse, el restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual ha sido sustentada por la parte convocante, en los indicados términos, en esta actuación de silencio administrativo positivo, con sus anexos.

No obstante, no es suficiente el silencio administrativo para incluir en la liquidación la indicada suma y sus conceptos, como adeudada a los convocantes y a cargo de la demandada, considerando, especialmente, que no existen en los diferentes dictámenes aportados pruebas contables en las cuales se discriminen estas erogaciones aumentadas en mayores costos, como efectivamente ejecutados, asumidos y cancelados por la demandante quebrando la ecuación financiera de los contratos.

El Tribunal con la finalidad de cuantificar mediante sustentos contables las sumas que debían incluirse en la liquidación, de conformidad con las pretensiones de la demanda, decretó oficiosamente un dictamen pericial para que se determinaran sobre bases contables las sumas de dinero que debidamente soportadas en la formal contabilidad pudieran ser consignadas en la liquidación, en este caso arbitral, por incidir, en lo relacionado con esta pretensión, en la ruptura del equilibrio de los contratos.

(...)

El Tribunal observa que, en lo relacionado con este punto, no aparece prueba que anote con exactitud y se insiste, con los asientos y registros contables de ley, cuáles fueron los mayores costos en que incurrieron los convocantes en claro detrimento patrimonial que demostrara la variación ostensible en el equilibrio prestacional para sustentar esta pretensión de reconocimiento del restablecimiento de la ecuación económica del contrato, a fin de ser cuantificada en la respectiva liquidación.

Adicionalmente, encuentra el tribunal que, en los Otrosí de fechas 2006,

	<p>2007 y 2008, no aparece registrada una clara constancia entre las partes sobre reclamos para el restablecimiento de la ecuación del contrato en la forma como lo plantean en este proceso los convocantes.</p> <p>(...)</p> <p>Por lo anterior, no prosperará la petición de los demandantes de incluir en la liquidación de sus respectivos contratos, sumas adeudadas por el concepto derivado de ruptura de la ecuación económica del contrato, la cual no se demostró procesalmente ante la carencia probatoria de formal contabilidad sobre los mayores costos que tuvieron que asumir los convocantes, así como otras mayores erogaciones y cargas financieras demostradas plena y contablemente, que produjeran el alegado rompimiento, de acuerdo con las peticiones y pretensiones de la parte convocante.</p> <p>Frente a la pretensión dirigida a que se incluya en la liquidación del contrato, el concepto de una mayor permanencia en obra y mayores costos administrativos relacionados en el hecho tercero, como lo solicita la parte actora para cada demandante, es pertinente reiterar todo lo que viene expresado para denegar esta pretensión, dado que la solicitud del restablecimiento del equilibrio contractual se sustenta fundamentalmente en el requerimiento que plantearon los demandantes a la demanda en su petición contenida en el trámite de silencio administrativo positivo.</p> <p>(...)</p> <p>Ahora bien, sobre los mayores costos administrativos, equipos y mano de obra por mayor permanencia en el sitio de la obra, si bien se incluirá en la liquidación la cifra señalada por la perito a cargo de CORVIVIENDA, no es suficiente en su contenido económico para establecer que ante éste único y mayor costo se produjo ruptura del equilibrio contractual, como desajuste que se sustenta principalmente en expresa petición de los convocantes sobre otros conceptos ya mencionados, los cuales no se evidencian en este proceso con el rigor de la prueba pericial y contable practicada.</p>
Problema jurídico Accesorio	¿El incumplimiento del contratante genera la ruptura del equilibrio económico del contrato?
Ratio decidendi	<p>Sobre el análisis acerca del restablecimiento del equilibrio económico del contrato y su esencial dependencia en la demostración de los daños que produjeron la ruptura de la ecuación financiera de los actos contractuales, recientemente se ha pronunciado la jurisprudencia, considerando, incluso que el argumento de pretender sobre la base del incumplimiento contractual no encajaría exactamente en las bases para reclamar el respectivo restablecimiento:</p> <p><i>“Por el contrario, en el sub lite, el hecho imputable a la administración tiene su origen en un alegado desconocimiento de los compromisos adquiridos en el contrato (incumplimiento de las cláusulas de valor y forma de pago). Y tratándose de una obligación contractual, se compromete la responsabilidad del Estado a título de culpa por incumplimiento o infracción del contrato. Lo cual descarta el estudio del</i></p>

	<p><i>asunto desde la perspectiva de la preservación de la ecuación financiera, pues no se está delante de una ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a los contratantes y ajenas a la parte afectada.”</i></p> <p>A manera de conclusión, estima el Tribunal Arbitral que lo relevante es la necesidad irrefragable de probar plenamente el daño ya en la modalidad de pretensión por la ruptura del equilibrio del contrato para obtener el restablecimiento o por reclamo indemnizatorio por incumplimiento, sin que, además, conductas de las partes e intervención de las mismas en actos posteriores a la celebración contractual reflejen que no se dejaron constancias sobre la petición por los efectos del detrimento o menoscabo mediante cuantificación técnica y jurídicamente demostrada.</p>
Tema principal 1	Ruptura del equilibrio contractual
Tema principal 2	Elementos del silencio administrativo positivo
Tema Accesorio 1	Liquidación del contrato estatal
Tema Accesorio 2	Naturaleza del arbitramento y competencia arbitral administrativa
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Obra
Subclasificación	No aplica
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público	<p>En síntesis, del concepto presentado por la procuradora 22 Judicial II Administrativo, Martha Elvira Cíodaro Gómez menciona lo siguiente:</p> <p><i>“En el caso en concreto encontramos que el presunto desequilibrio del contrato lo basan los demandantes en incumplimientos, deudas mayor permanencia y mayores costos generados por el actuar de CORVIVIENDA, a fin de tener mayor claridad sobre ello se citó de manera oficiosa al Dr. Javier Sánchez Cabrera, quien en su calidad de auxiliar de la justicia debía responder a las preguntas planteadas en el cuestionario elaborado por los miembros que conforman este Honorable Tribunal de Arbitramento; prueba decretada, teniendo en cuenta la necesidad de conocimientos técnicos para llegar a una certeza de la existencia de los hechos enunciados en la demanda.</i></p> <p><i>Sin embargo, encontramos que dicho peritaje no responde a las dudas generadas por la demanda, sino que al contrario nos trae aún más preguntas.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Por otro lado, encontramos que los documentos allegados en la demanda no muestran de forma clara la existencia de obligaciones pendientes ni la negligencia en la que incurrió la entidad demandada que dio resultado a la extensión en el tiempo del contrato.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Teniendo en cuenta las pruebas estudiadas podemos concluir que sí existieron hechos que generaron una extensión del contrato mayor a lo primeramente establecido. Sin embargo, consideramos que no es prueba suficiente para determinar que fue por negligencia del</i></p>

	<p><i>contratante ni tampoco para establecer cuáles son las obligaciones pendientes que alegan los contratistas, ni mucho menos su valor. Los demandantes debían aportar y demostrar cada una de las partidas reclamadas e incluso brindar la información necesaria al perito para que este pudiera estudiarlos y basar su dictamen en ello. La evidencia obrante en el proceso no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de las pretensiones, pues no basta con demostrar que hubo un retraso en la ejecución del contrato, sino que debe probar que esto lo llevo a un punto de pérdida y además que fue por causas imputables a la entidad demandada, asimismo debía probar efectivamente la existencia y el quantum de los mayores costos y las sumas que reclama.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Se determina que no existen medios probatorios suficientes que demuestren la existencia de mayores costos dentro del Contrato de Unión Temporal celebrado por CORVIVIENDA y los Demandantes. Tampoco encontramos los respaldos contables del Otrosí N° 5. Y por último consideramos que no es posible ordenar la declaración del desequilibrio económico, pues no encontramos probadas ningunas de las circunstancias que lo generan (teoría de la imprevisión, ius variandi, hecho del príncipe).</i></p>
VI. FUENTES RELEVANTES	
Normativas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 2. Artículos 229 y 230 del Código de Procedimiento Civil 3. artículo 6 de la Ley 1106 de 2006
Jurisprudencia Judicial	<ol style="list-style-type: none"> 1. SOBRE LA NATURALEZA DEL ARBITRAMENTO <ol style="list-style-type: none"> 1.1. CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA SU – 174 DE 2007, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. 2. SOBRE LA COMPETENCIA ARBITRAL ADMINISTRATIVA <ol style="list-style-type: none"> 2.1. CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C – 1436 DE 2000, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. 3. SOBRE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL <ol style="list-style-type: none"> 3.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, SENTENCIA DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2015, SENTENCIA NÚMERO 24.636, M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO 4. RESPECTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO <ol style="list-style-type: none"> 4.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, SENTENCIA DEL 31 DE AGOSTO DE 2011, SENTENCIA NÚMERO 18080. M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO. 5. RESPECTO DEL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

	<p>5.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, SENTENCIA DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2015, SENTENCIA NÚMERO 24.636, M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO.</p> <p>6. RESPECTO DE LOS ALCANCES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO</p> <p>6.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, SENTENCIA DEL 27 DE MARZO DE 2014, SENTENCIA NÚMERO 20912, M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH.</p> <p>6.2. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, AUTO NÚMERO 51635 DEL 26 DE AGOSTO DE 2015, M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO.</p> <p>7. SOBRE EL VALOR PROBATORIO DE LOS LIBROS DE CONTABILIDAD</p> <p>7.1. CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C – 062 DE 2008, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.</p> <p>8. SOBRE EL DAÑO MORAL</p> <p>8.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 8 DE FEBRERO DE 2001, SENTENCIA NÚMERO 12848, M.P. MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.</p>				
Jurisprudencia Arbitral	No se acude a jurisprudencia arbitral.				
VII. DURACIÓN DEL PROCESO					
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda	<ol style="list-style-type: none"> 1. Presentación de la demanda: 7 de abril de 2015 2. Fecha Laudo: 18 de febrero de 2016 3. 317 días 				
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite (en días)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Primera audiencia de trámite: 11 de septiembre de 2015 2. 160 días 				
Suspensiones solicitadas por las partes	(0) No se registraron suspensiones solicitadas por las partes.				
Suspensiones por causa legales	(0) No se registraron suspensiones por causas legales.				
VIII. DECISUM					
<p>Respuesta al problema planteado: Decisión unánime: <u>SI</u> Salvamento de voto: <u>NO</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal: <u>NO</u> Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal: <u>SI</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvenición: <u>No aplica</u> Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvenición: <u>No aplica</u></p>	<p style="text-align: center;"><u>PRETENSIONES DEMANDA PRINCIPAL</u></p> <table border="1"> <thead> <tr> <th style="text-align: center;">PRETENSIONES</th> <th style="text-align: center;">DECISIÓN</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td> PRIMERA: Realizar la liquidación del “contrato de unión temporal para el desarrollo del programa de vivienda de interés social ciudadela flor del campo” Grupo I, celebrado entre CORVIVIENDA y Salim Arana Gechem el 22 de noviembre de 2005. </td> <td style="text-align: center;"> PROSPERÓ PARCIALMENTE </td> </tr> </tbody> </table>	PRETENSIONES	DECISIÓN	PRIMERA: Realizar la liquidación del “contrato de unión temporal para el desarrollo del programa de vivienda de interés social ciudadela flor del campo” Grupo I, celebrado entre CORVIVIENDA y Salim Arana Gechem el 22 de noviembre de 2005.	PROSPERÓ PARCIALMENTE
PRETENSIONES	DECISIÓN				
PRIMERA: Realizar la liquidación del “contrato de unión temporal para el desarrollo del programa de vivienda de interés social ciudadela flor del campo” Grupo I, celebrado entre CORVIVIENDA y Salim Arana Gechem el 22 de noviembre de 2005.	PROSPERÓ PARCIALMENTE				

	<p>1.1. En dicha liquidación solicitan se reconozcan a favor de Salim Arana Gechem las sumas correspondientes de acuerdo con los hechos narrados y lo que resulte probado en el proceso, así:</p> <p>1.1.1. El valor de la cláusula penal correspondiente al 25% del valor del contrato de unión temporal grupo I.</p> <p>1.1.2. Mayor permanencia en obra y mayores costos administrativos relacionados en el hecho tercero.</p> <p>1.1.3. Restablecimiento del equilibrio contractual.</p> <p>1.1.4. Aportes faltantes por 9 viviendas.</p>	
	<p>SEGUNDA: Realizar la liquidación del “contrato de unión temporal para el desarrollo del programa de vivienda de interés social ciudadela flor del campo” Grupo II, celebrado entre CORVIVIENDA y CONARQ LTDA. el día 28 de noviembre de 2005.</p> <p>2.1. En dicha liquidación solicitan se reconozca a favor de CONARQ LTDA. las sumas correspondientes de acuerdo con los hechos narrados y lo que resulte probado en el proceso, así:</p> <p>2.1.1. Los saldos y mayores cantidades de obra Otrosí N°5 señalados en el hecho sexto con sus respectivos intereses moratorios.</p> <p>2.1.2. El valor de la cláusula penal correspondiente al 25% del valor del contrato de unión temporal grupo II.</p> <p>2.1.3. Valor estimado de las gestiones realizadas en el proceso de escrituración.</p> <p>2.1.4. Mayor permanencia en obra y mayores costos administrativos relacionados en el hecho tercero.</p> <p>2.1.5. Restablecimiento del equilibrio contractual.</p> <p>2.1.6. Aportes faltantes por 13 viviendas.</p>	<p style="text-align: center;">PROSPERÓ PARCIALMENTE</p>

	<p>TERCERA: Realizar la liquidación del “contrato de unión temporal para el desarrollo del programa de vivienda de interés social ciudadela flor del campo” Grupo III, celebrado entre CORVIVIENDA y Jorge Isaac Cure el 22 de noviembre de 2005.</p> <p>3.1. En dicha liquidación solicito se reconozcan a favor de Jorge Isaac Cure las sumas correspondientes de acuerdo con los hechos narrados y lo que resulte probado en el proceso, así:</p> <p>3.1.1. El valor de la cláusula penal correspondiente al 25% del valor del contrato de unión temporal grupo III.</p> <p>3.1.2. Mayor permanencia en obra y mayores costos administrativos relacionados en el hecho tercero.</p> <p>3.1.3. Restablecimiento del equilibrio contractual.</p> <p>3.1.4. Aportes faltantes por 7 viviendas.</p>	<p>PROSPERÓ PARCIALMENTE</p>
<p>EXCEPCIONES Excepciones que prosperan frente a la demanda principal o la demanda de reconvención</p>	<p>NO APLICA</p>	
<p>Valor de la decisión</p>	<p>\$244.076.272</p>	
<p>Valor de las costas y agencias en derecho</p>	<p>Se condenó a CORVIVIENDA a pagar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - DOSCIENTOS TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON DOS CENTAVOS (\$203.150.982.02) por concepto de costas procesales. - CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$48.815.254.44) por concepto de agencias en derecho. 	
<p>Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)</p>	<p>NINGUNA</p>	
<p>IX. EVENTUALES</p>		
<p>Recurso de Anulación</p>	<p>NO</p>	
<p>Recurso de Revisión</p>	<p>NO</p>	
<p>Acción de Tutela</p>	<p>NO</p>	
<p>Conciliación total</p>	<p>NO</p>	
<p>Conciliación parcial</p>	<p>NO</p>	

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES

I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES “EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL” Y MNV S.A. “EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL: INTEGRANTES DEL CONSORCIO PONCE – MNV VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA “ANI”.
Convocante	<p>Integrantes del Consorcio PONCE-MNV</p> <ul style="list-style-type: none"> • PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES “EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL” • MNV S.A. “EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL: INTEGRANTES DEL CONSORCIO PONCE – MNV
Nacionalidad del convocante	Colombianos
Naturaleza del Convocante	<ul style="list-style-type: none"> • PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES: Persona jurídica – Sociedad Anónima, • MNV S.A.: Persona jurídica – Sociedad Anónima.
Sector de Actividad Económica	Nacional
Convocado	INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES- INCO – HOY AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI.
Nacionalidad del convocado	Colombiana
Naturaleza del Convocado	Entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.
Subsector del sector público	Transporte
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá D.C., 11 de agosto de 2015
Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá
Árbitro único	Sergio González Rey
Secretario	Luis Fernando Sereno Patiño
Se presentó demanda de reconvención	Sí
Cuantía de la demanda principal	\$203.867.008
Cuantía de la demanda de reconvención	No determinada.
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO	
	<p>ANTECEDENTES:</p> <p>El 25 de noviembre de 2008, el Instituto Nacional de Concesiones INCO- celebró con el Consorcio PONCE M.N.V., el Contrato No. 043 de 2008, cuyo objeto consistió en la interventoría técnica, financiera, operativa, al contrato de concesión No. 008 de 2007 CONCESIÓN RUTA CARIBE, celebrado entre el INCO y la concesionaria de AUTOPISTA DEL SOL, por valor de tres mil doscientos nueve millones ochocientos veintidós mil ochenta pesos (\$3.209.822.080).</p> <p>De acuerdo con el demandante, el contrato de interventoría No. 043 de 2008, inició el 17 de diciembre de 2008 y finalizó el 30 de octubre de</p>

2011.

Mediante Auto No. 405-016309 de septiembre 9 de 2010, la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación de PONCE DE LEÓN S.A.; y mediante auto No. 400-016092 de septiembre 9 de 2010, la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación judicial de M.N.V. S.A.

Prevía solicitud del liquidador de PONCE DE LEÓN S.A., mediante auto No. 405-109004 de octubre 14 de 2010, la Superintendencia de Sociedades autorizó la continuación del Contrato No. 043 de 2008.

EL CASO:

De acuerdo con el demandante, durante la ejecución del Contrato No. 043 de 2008 se causaron las siguientes actas de costos y gastos, las cuales no han sido pagadas por la Agencia Nacional de Infraestructura:

PERIODO ADEUDADO	VALOR
17 de agosto a septiembre 16 de 2011	\$84.641.127
17 de septiembre a 16 de octubre de 2011	\$84.641.127
Gastos elaboración informe final de interventoría.	\$34.584.754
TOTAL	\$203.867.008

De igual manera alude lo siguiente por cuenta del personal que mantuvo vinculado:

VALOR MENSUAL	\$ 19.444.202
VALOR 20 DÍAS	\$ 12.962.801
FACTOR MULTIPLICADOR	2.3
SUBTOTAL	\$ 29.814.443
IVA	\$ 4.770.310
TOTAL	\$ 34.584.754

Conforme lo señala el demandante, el Consorcio PONCE MNV presentó informes a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en el marco del Contrato No. 043 de 2008 y manifiesta haber estado presto en todo momento para la liquidación bilateral del contrato durante el término establecido en la Ley, manteniendo en nómina al director del proyecto y a otros empleados necesarios para la liquidación de común acuerdo.

Al respecto, en la contestación de la demanda, el Convocado señaló que si bien la Superintendencia de Sociedades autorizó al liquidador el 10 de octubre de 2010, la continuación del Contrato de Interventoría No. 043 de 2008, por medio del Auto No. 405-011845 del 05 de agosto de 2011 procedió a revocar el Auto 405- 019004 por medio del cual autorizó la continuación del contrato de interventoría 043 de 2008, y en su lugar procedió a dar por TERMINADO el mismo" y en este sentido,

	<p>reitera que el contrato en mención “se dio por terminado el cinco (5) de agosto de 2011 y no el 30 de octubre del mismo año como lo aduce el Consorcio”</p> <p>La ANI formuló las siguientes excepciones de mérito: “Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Agencia”; “Contrato no cumplido por parte de la interventoría”; “Mala fe contractual del contratista”; “Enriquecimiento sin causa en detrimento de la agencia”; “Pago de lo no debido”.</p> <p>En consecuencia, alegando el incumplimiento del contratista, presentó demanda de reconvención.</p>
<p align="center">III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS</p>	
<p>Problema jurídico principal</p>	<p>¿La apertura de un trámite de liquidación judicial ordenada por la Superintendencia de Sociedades en el marco de la Ley 1116 de 2006, da por terminado un contrato estatal?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>De lo anterior, se puede concluir que, aunque la terminación del Contrato de Interventoría 043 de 2008 se encontraba inicialmente prevista para el 16 de diciembre de 2011, las órdenes judiciales impartidas por la Superintendencia de Sociedades, relacionadas con apertura de los tramites de liquidación judicial de los bienes de las sociedades integrantes del CONSORCIO PONCE-MNV, produjeron –de conformidad con lo previsto en el artículo 50-1 de la Ley 1116 de 2006– la disolución de las referidas personas jurídicas y, a su vez, comportaban la potencialidad jurídica de producir la terminación anticipada del mencionado contrato de interventoría.</p> <p>No obstante lo anterior, la propia Superintendencia de Sociedades autorizó, de manera expresa, al liquidador para continuar con la ejecución del Contrato No 043 de 2008.</p> <p>Tal –jurídicamente indispensable– autorización fue posteriormente revocada por la misma Superintendencia, mediante providencia del 5 de agosto de 2011, con lo cual en dicha fecha efectivamente terminó de manera anticipada el mencionado contrato, ante la imposibilidad jurídica de continuar su ejecución.</p> <p>De otra parte, tal como lo puso de presente en su concepto la Señora Agente del Ministerio Público, las pruebas obrantes en el expediente llevan a concluir que la entidad estatal contratante no indujo, ordenó, ni auspició la continuidad de la ejecución del contrato con posterioridad al 5 de agosto de 2011.</p> <p>(...)</p> <p>En conclusión, considera el Tribunal que las pruebas referidas evidencian que la conducta de la entidad contratante fue univoca en el sentido de no haber promovido la continuación del contrato y, por el contrario, haber pretendido su terminación anticipada, la cual finalmente se produjo el día 5 de agosto de 2011.</p>

Problema jurídico accesorio 1	¿Deben ser reconocidos los costos y gastos en los que incurre un contratista que ha continuado la ejecución de un contrato estatal aun cuando éste ya ha terminado?
Ratio decidendi	<p>Como fundamento de tales pretensiones se afirma en la demanda que “el contrato de interventoría No 043 de 2008 inició el día 17 de diciembre de 2008 y finalizó el 30 de octubre de 2011” y que durante la ejecución del referido contrato se causaron “actas de costos y gastos” que no han sido pagadas por la Agencia Nacional de Infraestructura.</p> <p>Tal como se concluyó en el numeral inmediatamente anterior, del análisis del material probatorio obrante en el expediente y de la normatividad aplicable, el Tribunal encontró que el Contrato de Interventoría No. 043 de 2008 terminó de manera anticipada, el día 5 de agosto de 2011 –y no el 30 de octubre del mismo año como afirma la parte actora–, ante la imposibilidad jurídica de continuar su ejecución.</p> <p>Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde al Tribunal abordar el problema jurídico relacionado con la liquidación del Contrato de Interventoría No. 043 de 2008.</p> <p>(...)</p> <p>Ha de precisarse que la liquidación “sobreviene a la finalización normal o anormal del contrato” y, por ello, tratándose –como en el presente asunto– de la pretensión de liquidación del contrato estatal en sede arbitral, sólo resulta jurídicamente viable circunscribir el arco de tiempo a liquidar al de la efectiva ejecución del contrato, esto es, desde su iniciación hasta su terminación, por lo cual no resulta procedente tener en cuenta para efectos de la liquidación en sede judicial las prestaciones, los gastos, ni los costos verificados con posterioridad a tal terminación.</p> <p>(...)</p> <p>En consideración a lo anteriormente expuesto, en la liquidación únicamente se incorporarán las actividades realizadas durante el término de ejecución del contrato, esto es, según se encuentra acreditado, entre el 17 de diciembre de 2008 y el 5 de agosto de 2011, sin desconocer que para ese momento se encontraba en curso un periodo mensual de ejecución, por lo que la última factura efectivamente cancelada incorporó el periodo mensual que había comenzado el 17 de julio de 2011 y, por tanto, culminó el 16 de agosto del mismo año.</p> <p>(...)</p> <p>Por lo anterior, se insiste, no se tendrán en cuenta –y, en consecuencia, se denegará la correspondiente pretensión– para efectos de la liquidación, las actividades e informes realizados por el Consorcio Contratista entre el 17 de agosto y el 16 de octubre de 2011, ni los pretendidos gastos relacionados con la elaboración del informe final – fechado, según obra en el expediente, el 22 de noviembre de 2011–, toda vez que –además de no haber sido aprobados lo que era necesario para su eventual pago– todos ellos obedecieron a actividades desarrolladas con posterioridad a la terminación del contrato.</p>

	<p>(...)</p> <p>Dado lo anterior, el Tribunal liquidará el Contrato de Interventoría No. 043 de 2008, en el contexto de las pretensiones contenidas en la demanda, declarando que las partes se encuentran a Paz y Salvo, puesto que la entidad estatal contratante pagó todas las actividades y prestaciones e informes aprobados durante la ejecución del contrato.</p> <p>Teniendo en cuenta lo expuesto, no resulta procedente que el Tribunal aborde el estudio de las excepciones de mérito presentadas, toda vez que, en rectitud, se orientan a que se deniegue la pretensión relacionada con los reconocimientos por las actividades posteriores a la terminación del contrato, pretensión que, según se ha anunciado, efectivamente se denegará.</p>
<p>Problema jurídico accesorio 2</p>	<p>¿Se debe tener en cuenta el término de caducidad del medio de control para interponer demanda de reconvención?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>Tal como se dijo anteriormente, puesto que la demanda de reconvención ha de reunir todos los requisitos exigidos para toda demanda, debe verificarse lo relacionado con la oportunidad para su presentación desde la perspectiva de la eventual ocurrencia del fenómeno de la caducidad de la acción.</p> <p>(...)</p> <p>Se concluye de lo anterior, que tratándose de litigios originados en Contratos Estatales el mecanismo judicial legalmente dispuesto para su definición, es la acción de Controversias Contractuales y, en esa dirección, el Consejo de Estado ha sostenido, en forma reiterada y pacífica, que aún en los eventos en los cuales, como consecuencia de pacto arbitral, se habilite expresamente a Tribunal de Arbitramento para que dirima las controversias originadas en Contratos Estatales, el medio de control consagrado para el efecto no es otro que la mencionada acción de Controversias Contractuales.</p> <p>Consecuencia lógica de lo anterior, resulta ser la relacionada con que el término de caducidad de la acción que –mediante demanda inicial o de reconvención– respecto de conflictos derivados de contratos estatales se promueva ante Tribunal de Arbitramento, no puede ser otro que el consagrado las disposiciones legales aplicables para la referida acción de Controversias Contractuales.</p> <p>(...)</p> <p>En consecuencia, para efectos de determinar la ley aplicable ha de tenerse en cuenta que el Contrato de Interventoría 043 de 2008 terminó el 5 de agosto de 2011 y desde esa fecha empezó a correr el término de caducidad de la acción de controversias contractuales y dado que para tal época la ley vigente sobre la materia era el Código Contencioso Administrativo –con las modificaciones que para ese entonces habían sido introducidas por la Ley 446 de 1998–, habrá de acudirse a lo dispuesto en el artículo 136 del referido cuerpo normativo.</p> <p>El numeral 10-d del artículo 136 del C.C.A. establece que, en los contratos que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, el término de caducidad será de dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe;</p>

	<p>pero, en caso contrario, “si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley”, el interesado podrá acudir a la jurisdicción “a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.</p> <p>Para efectos de la liquidación del Contrato de Interventoría 043 de 2008, en la cláusula décima octava, las partes acordaron acudir a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, norma cuyo primer inciso es del siguiente tenor:</p> <p>“La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalencias, o dentro del que acuerden las partes para tal efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.”</p> <p>Se tiene así que, en el caso concreto, a partir del 5 de agosto de 2011 las partes contaban con el término de cuatro (4) meses para liquidar bilateralmente el contrato, los cuales vencieron el 5 de diciembre de 2011 y a partir de esta fecha la entidad estatal contratante contaba con dos (2) meses para cumplir la obligación de liquidar unilateralmente el contrato, termino que venció el 5 de febrero de 2012.</p> <p>En consecuencia, el día 5 de febrero de 2012 comenzó a computarse el término de dos (2) años, el cual efectivamente venció el 5 de febrero de 2014 y puesto que la demanda de reconvencción se interpuso posteriormente, el día 23 de mayo de 2014, encuentra el Tribunal que, respecto de la referida demanda de reconvencción operó el fenómeno jurídico de la caducidad –mientras que la demanda inicial fue interpuesta en tiempo el 22 de octubre de 2013–, lo cual, como es su deber, habrá de declarar en la parte resolutive.</p> <p>Finalmente, en cuanto hace referencia a la obligación del Tribunal de declarar oficiosamente la excepción de caducidad de la acción cuando la encuentra debidamente acreditada, es importante resaltar que así lo ha indicado reiteradamente la jurisprudencia.</p> <p>Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, se reitera, el Tribunal procederá a declarar –de oficio– probada la excepción de caducidad de la acción respecto de la demanda de reconvencción.</p>
Tema principal 1	El contrato estatal de interventoría
Tema principal 2	La liquidación del contrato estatal
Tema Accesorio 1	El enriquecimiento sin causa y la vía para reclamarlo
Tema Accesorio 2	La demanda de reconvencción
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Consultoría
Subclasificación	Interventoría
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	

<p>Posición del Ministerio Público</p>	<p>Procuradora 55 Judicial II Administrativa</p> <p>En el referido concepto la Señora Procuradora señaló que ante la decisión de la Superintendencia en el sentido de revocar la autorización conferida, “para el Ministerio Público es claro que el Consorcio PONCE MNV no tenía facultades legales para seguir ejecutando el contrato 043 de 2008, ya que hacerlo implicó el desconocimiento de la orden impartida por la autoridad del proceso de insolvencia.”</p> <p>Agregó, con fundamento en las pruebas recaudadas, que “no se demostró que la entidad pública haya propiciado, insinuado o exhortado al contratista a que adelantara los informes de los meses de agosto y septiembre de 2011, que a todas luces se elaboraron sin contrato”.</p> <p>Así, para el Ministerio Público “no está demostrado que el Instituto Nacional de Concesiones -INCO consintiera la elaboración de los informes posteriores a la declaratoria de terminación por parte de la Superintendencia de Sociedades del contrato de interventoría 043 de 2008.”</p>
<p>VI. FUENTES RELEVANTES</p>	
<p>Normativas</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Art. 120 del Decreto 222 de 1983 2. Art. 7; 14; 32-1,2 de la Ley 80 de 1993 3. Art. 82;83; 84 Ley 1474 de 2011 4. Art. 141 de la Ley 1437 de 2011 5. Exposición de motivos al proyecto de ley No 149 de 1992, Senado, Gaceta el Congreso No 75 de 1992. 6. Art. 21 de la Ley 1563 de 2012 7. Art. 40 de la Ley 153 de 1887 modificado por la Ley 1564 de 2012 8. Código Contencioso Administrativo 9. Art. 11 de la Ley 1150 de 2007
<p>Jurisprudencia Judicial</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. RESPECTO DE LA INTERMEDIACIÓN DE LA INTERVENTORÍA ENTRE LA ENTIDAD CONTRATANTE Y EL CONTRATISTA. <ol style="list-style-type: none"> 1.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, SENTENCIA DEL 28 DE FEBRERO DE 2013, EXPEDIENTE: 25199. 1.2. CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-037 DE 2003. 2. RESPECTO DEL OBJETO Y ELEMENTOS DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA <ol style="list-style-type: none"> 2.1. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, 13 DE FEBRERO DE 2013, EXPEDIENTE: 24996. 2.2. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, SENTENCIA DEL 28 DE MAYO DE 2015, EXP. 36.626. 3. SOBRE LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS <ol style="list-style-type: none"> 3.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DE DICIEMBRE 4 DE 2006, EXPEDIENTE 15239.

	<p>3.2. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 2002, EXP. 20.472.</p> <p>3.3. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 5 DE OCTUBRE DE 2005, EXP. AP-01588.</p> <p>4. RESPECTO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA</p> <p>4.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, SENTENCIA DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2012, EXP. 24.897.</p> <p>5. RESPECTO DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN</p> <p>5.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, 4 DE JUNIO DE 2009, EXP. 2012-08.</p> <p>6. SOBRE LA CADUCIDAD EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN</p> <p>6.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 30 DE AGOSTO DE 2006, RADICACIÓN NO. 15323.</p> <p>6.2. CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA C-574 DE 1.998.</p> <p>6.3. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, SENTENCIA DEL 9 DE OCTUBRE DE 2013, EXP. 25.440.</p> <p>6.4. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, MAYO 27 DE 2004, EXPEDIENTE NO. 26275.</p> <p>6.5. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, MAYO 22 DE 2008, EXPEDIENTE NO. 34789.</p> <p>6.6. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, 14 DE AGOSTO DE 2013, EXP. 45191.</p> <p>6.7. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 10 DE AGOSTO DE 2000, EXP. 17028.</p> <p>6.8. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, SENTENCIA DEL 9 DE JULIO DE 2014, EXP. 49.812.</p> <p>7. RESPECTO DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES QUE SE EJERCE ANTE LOS ÁRBITROS</p> <p>7.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 18 DE FEBRERO DE 2010, EXP. 37004.</p>
Jurisprudencia Arbitral	No se acude a jurisprudencia arbitral
VII. DURACIÓN DEL PROCESO	
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda	<ol style="list-style-type: none"> 1. Presentación de la demanda: 22 de octubre de 2013 2. Fecha de Laudo: 11 de agosto de 2015 3. 658 días
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite	<ol style="list-style-type: none"> 1. Primera audiencia de trámite: 4 de noviembre de 2014 2. 280 días
Suspensiones solicitadas por las partes	(5) para un total de ciento veinte (120) días, que deben adicionarse al término de ley.
Suspensiones por causa legales	(0) No se registraron suspensiones por causas legales
VIII. DECISUM	

Respuesta al problema planteado:

Decisión unánime: **SI**

Salvamento de voto: **NO**

Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal: **NO**

Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal: **SI**

Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvencción: **NO**

Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvencción: **NO**

PRETENSIONES DEMANDA PRINCIPAL

PRETENSIONES	DECISIÓN								
<p>PRIMERA: Se declare que entre la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA antiguo INCO y el CONSORCIO PONCE M.N.V., integrado por Ponce de León S.A. y M.N.V. S.A. ambas en liquidación judicial, se celebró el contrato de interventoría No. 043 de 2008.</p>	PROSPERA								
<p>SEGUNDA: Que se ordene y efectúe la liquidación del contrato No. 043 de 2008, que tenía por objeto: la interventoría técnica, financiera, operativa, predial, socio-ambiental y legal del proyecto de concesión vial Ruta Caribe, en el marco del contrato de concesión 008/2007, de conformidad con los pliegos de condiciones del concurso.</p> <p>Consecuencialmente,</p> <p>2.1. En la liquidación se determine la ejecución final o parcial del contrato No. 043 de 2008, el alcance de lo ejecutado por el consorcio PONCE MNV, los pagos efectuados por la Agencia Nacional de Infraestructura y las cantidades de dinero adeudadas al consorcio PONCE M.N.V., por los siguientes conceptos y valores o aquella que resulte probada dentro del proceso:</p>	PROSPERA PARCIALMENTE								
<table border="1"><thead><tr><th>PERIODO ADEUDADO</th><th>VALOR</th></tr></thead><tbody><tr><td>17 de agosto a septiembre 16 de 2011</td><td>\$84.641.127</td></tr><tr><td>17 de septiembre a 16 de octubre de 2011</td><td>\$84.641.127</td></tr><tr><td>Gastos elaboración informe final de</td><td>\$34.584.754</td></tr></tbody></table>	PERIODO ADEUDADO	VALOR	17 de agosto a septiembre 16 de 2011	\$84.641.127	17 de septiembre a 16 de octubre de 2011	\$84.641.127	Gastos elaboración informe final de	\$34.584.754	
PERIODO ADEUDADO	VALOR								
17 de agosto a septiembre 16 de 2011	\$84.641.127								
17 de septiembre a 16 de octubre de 2011	\$84.641.127								
Gastos elaboración informe final de	\$34.584.754								

	<table border="1"> <tr> <td data-bbox="690 193 906 256">interventoría.</td> <td data-bbox="906 193 1107 256"></td> </tr> <tr> <td data-bbox="690 256 906 344">TOTAL</td> <td data-bbox="906 256 1107 344">\$203.867.008</td> </tr> </table>	interventoría.		TOTAL	\$203.867.008			
interventoría.								
TOTAL	\$203.867.008							
	<p>2.2. Se le ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura, el reconocimiento y pago al Consorcio PONCE MNV de la suma (sic) DOSCIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHO PESOS (\$203.867.008) o el valor que resulte probado en el proceso, correspondiente a las actas de costos y gastos señalados en el numeral anterior.</p>							
	<p>TERCERA: Se le ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura el reconocimiento y pago al Consorcio PONCE M.N.V., de los intereses correspondientes a la tasa máxima moratoria establecida por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre los valores de las obligaciones que resulten a su cargo, desde cuando se causaron hasta cuando se efectúe el pago.</p>	NO PROSPERA						
	<p>CUARTA: Se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura al pago de las costas procesales y agencias en derecho.</p>	NO PROSPERA						
	<p>**Nota: Sólo prospera parcialmente la pretensión de liquidación considerando que sólo se liquidará hasta la fecha efectiva de terminación del contrato y no todas las fechas previstas por el convocante.</p>							
EXCEPCIONES	<p style="text-align: center;"><u>EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA DEMANDA PRINCIPAL</u></p> <table border="1" style="width: 100%;"> <thead> <tr> <th data-bbox="669 1612 1230 1642" style="text-align: center;">EXCEPCIÓN</th> <th data-bbox="1230 1612 1507 1642" style="text-align: center;">DECISIÓN</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="669 1642 1230 1801"> <p>PRIMERA: Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Agencia.</p> </td> <td data-bbox="1230 1642 1507 1801" style="text-align: center;">PROSPERA</td> </tr> <tr> <td data-bbox="669 1801 1230 1900"> <p>SEGUNDA: Contrato no cumplido por parte de la interventoría.</p> </td> <td data-bbox="1230 1801 1507 1900" style="text-align: center;">PROSPERA</td> </tr> </tbody> </table>		EXCEPCIÓN	DECISIÓN	<p>PRIMERA: Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Agencia.</p>	PROSPERA	<p>SEGUNDA: Contrato no cumplido por parte de la interventoría.</p>	PROSPERA
EXCEPCIÓN	DECISIÓN							
<p>PRIMERA: Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Agencia.</p>	PROSPERA							
<p>SEGUNDA: Contrato no cumplido por parte de la interventoría.</p>	PROSPERA							

	TERCERA: Mala fe contractual del contratista.	PROSPERA
	CUARTA: Enriquecimiento sin causa en detrimento de la agencia.	PROSPERA
	QUINTA: Pago de lo no debido	PROSPERA
Valor de la decisión	0 (el tribunal liquidó a paz y salvo el contrato)	
Valor de las costas y agencias en derecho	El Tribunal no condenó en costas a ninguna de las partes.	
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)	NINGUNA	
IX. EVENTUALES		
Recurso de Anulación	NO	
Recurso de Revisión	NO	
Acción de Tutela	NO	
Conciliación total	NO	
Conciliación parcial	NO	

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES

I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	CSS CONSTRUCTORES S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
Convocante	CSS CONSTRUCTORES S.A.
Nacionalidad del convocante	Colombiano
Naturaleza del Convocante	Persona jurídica, Sociedad anónima
Sector de Actividad Económica	Nacional
Convocado	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
Nacionalidad del convocado	Colombiano
Naturaleza del Convocado	Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional,
Subsector del sector público	Transporte
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá D.C., 21 de noviembre de 2016
Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
Árbitros	Fernando Pabón Santander
	Camilo Calderón Rivera
	Pedro Antonio Lamprea Rodríguez
Secretaria	Edith C. Cediell Charris
Se presentó demanda de reconvencción	Sí
Cuantía de la demanda principal	\$90.787.778.570
Cuantía de la demanda de reconvencción	\$172.019.145.857
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO	
	<p>ANTECEDENTES:</p> <p>El 2 de agosto de 1994, el INVIAS dio apertura a la Licitación No. 014 con el objeto de adjudicar el contrato de concesión <i>“para realizar, por el sistema de concesión, los estudios, diseños definitivos y las obras de rehabilitación y atención de puntos críticos, la operación y el mantenimiento del tramo 06 Neiva – Castilla y el sector Castilla, y el sector Castilla – Espinal del Tramo 07 de la Ruta 45 en los Departamentos de Huila y Tolima.”</i></p> <p>El Consorcio integrado por Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte fue el adjudicatario del proceso. De manera que el 19 de julio de 1995, el INVIAS y el Consorcio suscribieron el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.</p> <p>EL CASO:</p> <p>El 17 de enero de 1997, las partes suscribieron un acuerdo modificadorio cuyo fin fue disponer y regular la apertura, en la subcuenta especial de libre disposición del INVIAS, de una nueva subcuenta especial rotulada <i>“Obras y costos no previstos del contrato de concesión No. 0849/95”</i>, así como autorizar al Concesionario a ejecutar varias obras complementarias que se pagarían con cargo a los recursos existentes en la referida subcuenta.</p>

En desarrollo de lo pactado, CSS realizó previo visto bueno de la interventoría y con autorización del INVIAS, las obras complementarias que le ordenaron, dentro de las que se encuentra el mantenimiento de la ampliación de la vía a 10,90 metros.

De acuerdo con el Convocante, las obras complementarias no fueron pagadas de manera inmediata sino mediante desembolsos parciales realizados entre junio de 1999 y septiembre de 2003, en razón a que la subcuenta no contaba con recursos suficientes y a que los valores pagados corresponden al valor de las ordenes sin incluir lo correspondiente a la financiación del Concesionario.

El 22 de mayo de 2003, el Concesionario convocó un Tribunal de Arbitraje en el que solicitó declarar el incumplimiento del INVIAS al no haber reconocido y pagado al concesionario, entre otros, "El valor de las actividades de mantenimiento y operación ejecutadas dentro del alcance complementario del contrato, exceptuando los puentes (construcción y ampliación)".

El trámite culminó con un Acuerdo Conciliatorio celebrado el 3 de mayo de 2005, y aprobado por el Tribunal mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (acta No. 32), en el que acordaron: i) conciliar sus diferencias mediante el pago en el transcurso de ese año, y con recursos del TES y del Presupuesto, "la suma de \$24.725'889.296, que corresponde al menor valor obtenido por el perito en relación con las pretensiones de la demanda, actualizado y con un descuento del 10% y, ii) actualizar la suma acordada "entre la fecha de liquidación (31 de marzo de 2005) y la fecha del pago efectivo, utilizando para ello la misma metodología aplicada en el dictamen pericial."

De acuerdo con el demandante, el valor "definitivo" que se convino pagar "respecto del mantenimiento y ampliación de la vía a 10.92 metros" (obra complementaria), incluyó "*no solamente el valor del costo neto en corrientes de esta actividad, sino la acusación de intereses hasta su fecha de pago, aspecto éste asociado a la compensación por efecto de la financiación del Concesionario*".

El 26 de septiembre de 2003, durante el trámite del referido Tribunal, el INVIAS expidió la Resolución N°003793 de 2003, mediante la cual cedió y subrogó, a título gratuito, el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995 al INCO - instituto Nacional de Concesiones.

El 4 de junio de 2004, el Concesionario convocó un nuevo Tribunal de Arbitraje con el propósito de obtener el pago del valor de las actividades ejecutadas por este dentro del alcance complementario del Contrato, para la ampliación, rehabilitación y refuerzo de puentes existentes en el proyecto. Dicho trámite arbitral culminó igualmente, con la celebración de un Acuerdo Conciliatorio el 28 de noviembre de 2007, el cual fue aprobado por el referido Tribunal mediante Auto de fecha 11 de diciembre de 2007 (acta No. 35).

Afirma el Convocante que el "pago autorizado a través de ese acuerdo conciliatorio" avalado por ese tribunal arbitral incluyó "no solamente el valor del costo neto en corrientes de esta actividad, sino la causación de intereses hasta su fecha de pago, aspecto éste asociado a la compensación por efecto de la financiación del Concesionario".

Durante los años 2007 a 2010 de acuerdo con la convocante, se adelantaron mesas de trabajo que tuvieron como propósito: i) revisar y actualizar la ingeniería del proyecto; ii) determinar -a partir de lo acordado por las partes en los acuerdos conciliatorios aprobados por los tribunales arbitrales en los años 2005 y 2007-, qué obras complementarias quedarían pendientes por financiar; iii) definir los aspectos que podían ser objeto de compensación y los que no y iv) dar solución a las diferencias existentes entre las partes.

En desarrollo de esas mesas de trabajo, se elaboraron documentos o memorias que dan cuenta del “ejercicio de revisión de los aspectos financieros pendientes del contrato.” Así como de un acta en la que se indican los ítems que podían ser objeto de compensación y los que no, incluyéndose dentro de estos últimos, el relativo a la financiación de las órdenes de pago con cargo a la subcuenta “obras y costos no previstos del contrato de concesión No. 0849/95”.

Los ejercicios mencionados, tuvieron que ser revisados en varias ocasiones debido a diferentes circunstancias.

Durante este período, CSS radicó ante la entidad convocada, varias comunicaciones y solicitudes. En concreto se refiere a la del 13 de febrero de 2009, en la que se remitió para su evaluación la liquidación de los intereses de las órdenes de pago, y las del 11 de junio de 2009, 4 de noviembre de 2010, 16 de marzo de 2011, 15 de junio de 2012 y 5 de marzo de 2013, en las que en términos generales se refirió a los temas pendientes de solución, propuso revisiones, planteó las controversias y solicitó la definición de diferentes asuntos, específicamente el relativo a la financiación de las órdenes de pago con cargo a la subcuenta "obras y costos no previstos del contrato de concesión No. 0849/95", así como la aplicación de mecanismos de solución de controversias pactados, sin obtener respuesta positiva respecto de las mismas.

De acuerdo con el convocante, la ANI a raíz de la iniciación de los procesos licitatorios relativos a los proyectos de "Cuarta generación", propició y aumentó su interés en reanudar las conversaciones encaminadas a solucionar las diferencias, las que culminaron con la suscripción del Otrosí del 30 de enero de 2014, en el cual convinieron entre otras: i) actualizar el modelo financiero, ii) efectuar un cruce de saldos y pagos -ejercicio que no incluyó financiación de las órdenes de pago, porque la "entidad no consideró procedente el reconocimiento de intereses, habiéndose el concesionario reservado el derecho a presentar la correspondiente reclamación y, iii) los asuntos no compensados en este Otrosí podrían ser reclamados "en sede administrativa o judicial".

Afirma la Convocante que “quedó pendiente por zanjar la controversia sometida al conocimiento de este Tribunal” y concluye con una relación de las órdenes de pago que fueron pagadas parcialmente con cargo a la subcuenta especial y respecto de las que quedó pendiente el reconocimiento de su financiación, saldos que no han sido objeto de reconocimiento y que constituyen las pretensiones de esta demanda”

Por su parte, la ANI contestó la demanda proponiendo las siguientes

	<p>excepciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Inexistencia de la obligación 2. Inexistencia de la obligación de restituir sumas de dinero a la entidad concedente. 3. Inexistencia del valor pretendido por la entidad demandante. 4. Prevalencia de las cláusulas contractuales en el marco de la Ley. 5. La genérica o innominada. <p>Para la convocada, queda sustraído del conocimiento de los árbitros las acciones ejecutivas y su parecer, el objeto de la litis se contrae a un reclamo meramente ejecutivo, en la medida en que se solicita ordenarle el pago de una suma por el incumplimiento del acuerdo de conciliación de 3 de mayo de 2005 celebrado entre las partes del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995. En consecuencia, plantea que dicho acuerdo conciliatorio presta mérito ejecutivo y legitimaba al Consorcio para iniciar un proceso ejecutivo.</p> <p>Agrega que la convocante no ha precisado el incumplimiento cuya declaración pretende, ni ha demandado en debida forma el perjuicio que reclama. A su turno, refiere que ninguna de las pretensiones de la demanda se refiere a acreencias generadas con posterioridad al Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005 y desconocer esa circunstancia atentaría contra el principio de congruencia.</p> <p>Respecto del Otrosí del 30 de enero de 2014, alude que, aunque las partes hayan realizado un balance de cuentas, la Agencia no efectuó ningún reconocimiento por este concepto, con lo cual no es dable inducir de tal enunciación que se está reviviendo término alguno para ampliar el relacionado con la caducidad, ni se pretendió la novación de obligación alguna como lo quiere hacer valer la convocante.</p> <p>Para la Convocada, las órdenes de pago, hacen parte de obras autorizadas en el Modificadorio del 6 de agosto de 1998, cuyo pago se pactó mediante la compensación con el excedente producido por el recaudo de peaje en la estación Flandes, con cargo a la subcuenta especial denominada "obras y costos no previstos en el contrato de concesión No. 0849 de 1995", en la medida en que se fuese produciendo dicho excedente. Las demás órdenes de pago, se rigen por lo estipulado en el Modificadorio de 6 de abril de 1999, esto es que se pagarían por Fideicomiso constituido para la captación y administración de los recursos del contrato, con cargo a la subcuenta "NEIVA" obras en liquidación. Según certificación de la fiduciaria HSBC las obras fueron aprobadas y pagadas conforme se pactó en los modificadorios.</p> <p>Finalmente, presentó demanda de reconvención.</p>
III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS	
Problema jurídico principal	¿Es competente la jurisdicción arbitral para conocer del incumplimiento de acuerdos conciliatorios?
Ratio decidendi	De lo anterior se tiene entonces que el proceso ejecutivo es aquel que

se adelanta con base en un título ejecutivo con el fin de obtener la satisfacción de una obligación sobre cuya existencia no hay duda ninguna y, por lo tanto, es indiscutible.

En lo que concierne al asunto sometido a decisión de este Tribunal, se encuentra que si bien las Pretensiones medulares de la Demanda de CSS se refieren al Acuerdo Conciliatorio de 3 de mayo de 2005- documento que para la Convocada sería el título ejecutivo - dichas súplicas descansan, en primera medida, sobre la declaración de incumplimiento del referido acuerdo, respecto de unas prestaciones cuya existencia y exigibilidad lejos están de ser ciertas e indiscutibles.

(...)

Es preciso estudiar en cada caso la naturaleza y el objeto propio de cada pretensión para determinar si la voluntad del Convocante – como titular de la acción – es exigir el pago de una obligación clara, expresa y exigible o si sus pretensiones tienen un propósito distinto, como en este caso, que se declare el incumplimiento de la Convocada de la conciliación, por inobservancia de las prestaciones derivadas de ella.

En este último evento, como quedó visto, no se trata de un proceso ejecutivo, sino de una declaración de responsabilidad por incumplimiento de un acuerdo de naturaleza contractual. Esta consideración adquiere mayor relevancia, cuando – como ocurre en este asunto – las obligaciones cuyo incumplimiento se alega, no son claras, expresas, indiscutibles y exigibles como deben ser aquellas cuyo pago se reclama bajo la cuerda del proceso ejecutivo. En otros términos, el hecho de que las pretensiones de la demanda se refieran a un acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes, esa sola circunstancia no torna el trámite en un proceso de ejecución con el mérito coercitivo que le es propio, como lo sostiene la Convocada para fundamentar sus Excepciones.

Tal como se advirtió en el auto por el que se asumió competencia (21 de enero de 2016) y en el que se resolvió el recurso interpuesto por la Convocada contra aquel (10 de febrero siguiente), evaluado el objeto de la Demanda de CSS, frente a las pruebas practicadas y a las defensas de la ANI, se encuentra que aquel no tiene la certeza, claridad y exigibilidad que caracterizan las obligaciones cuya satisfacción se exige por la vía ejecutiva y, por el contrario, para determinar el propósito de las Pretensiones y para la posterior definición de su prosperidad o fracaso, fue necesaria la aportación de elementos demostrativos que se relacionan y analizan en esta providencia, así como del examen y valoración de los mismos, para poder resolver tales súplicas, como se consigna líneas más adelante de este laudo.

En lo que concierne a la excepción de falta de competencia, se encuentra que ella se fundamenta en el argumento de la Convocada según el cual, por tratarse este litigio -a su juicio- de un proceso ejecutivo, el Tribunal no es competente para conocer del mismo. Sin que sea necesario hacer mayores pronunciamientos en relación con la imposibilidad reconocida en forma general de adelantar procesos ejecutivos por la vía arbitral, en la medida en que se ha definido que el presente asunto no es un proceso ejecutivo, la falta de competencia del Tribunal que la Convocada aduce sobre esa base, también carece de

	<p>mérito para enervar las Pretensiones, en la medida en que, como se definió, aquellas no corresponden a un proceso de ejecución.</p>
<p>Problema jurídico accesorio</p>	<p>Bajo los postulados de la buena fe, ¿una entidad puede alegar la ruptura de la ecuación contractual cuando teniendo la oportunidad, no adoptó las medidas correctivas que tenían lugar en su debido momento?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>Así las cosas, en la medida que la ANI participaba de forma activa en el Comité Técnico Fiduciario, hubiera podido advertir ante dicho órgano el acaecimiento de la ruptura de la ecuación contractual que planteó en la pretensión sexta de la demanda de reconvención. Sin embargo, no existe noticia alguna que acredite que la ANI haya alegado o advertido el supuesto incumplimiento del contrato de concesión por parte del Concesionario. Por el contrario, todas las operaciones de pago efectuadas a través de la fiducia, fueron aprobadas en las correspondientes actas, sin que exista prueba de reserva o salvedad alguna de la entidad respecto de la ruptura del equilibrio contractual que se invoca en este arbitraje.</p> <p>Sobre este particular los artículos 4 y 32 de la Ley 80 de 1993, consagran el deber de vigilancia y control en la ejecución contractual de la entidad contratante; la primera, de manera general en todo contrato estatal por parte de las entidades contratantes y la segunda, de manera particular, pero reiterativa de la anterior, respecto de la ejecución del Contrato de Concesión. Recuérdese que, al momento de la suscripción del Contrato, al mismo se incorporaron todas las normas vigentes conforme al mandato del artículo 36 de la Ley 153 de 1887. La vigilancia de la correcta ejecución financiera del contrato, así como la obligación de tomar medidas para mantener el equilibrio económico del mismo cuando este supuestamente se hubiera roto en desmedro suyo, constituyen obligaciones de carácter legal de la entidad contratante que por consiguiente se convirtieron en prestaciones de índole contractual. Bajo esta línea de examen, no se encuentra acreditado en el expediente que la ANI haya hecho uso de ese instrumento en el sentido de efectuar manifestación, petición, reclamo o salvedad alguna en relación con la ejecución financiera del contrato, ni que una tal expresión hubiera podido constituir una protesta oportuna en relación con la ruptura del equilibrio financiero que ahora reclama, y sobre el cual funda su pretensión primera de condena.</p> <p>Sobre el punto, esto es el principio del equilibrio contractual, la jurisprudencia manifestó:</p> <p><i>"5.3 El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptaran las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio</i></p> <p><i>Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento sin que,</i></p>

en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas, asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución...

5.4. Así las cosas, y aun cuando se discute que el incumplimiento del contrato sea una causa de ruptura de la equivalencia del contrato, puesto que se trata de la infracción de las estipulaciones contractuales par una de las partes, o sea que, estricto sensu, se refiere a una violación con culpa de la lex contractus y por tanto, es uno de los elementos que junto con la imputación configura la responsabilidad contractual, determinante de la indemnización plena de todos los perjuicios causados, lo cierto es que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 la contempla como un evento de desequilibrio financiero...

Dicho de otro modo, según el estatuto de Contratación de la Administración Pública, el incumplimiento el contrato obliga a restablecer la ecuación surgida al momento de contraer el vínculo, mediante la indemnización integral de los perjuicios ocasionados por el daño antijurídico causado, o sea, por lesión del derecho de crédito de cocontratante."

En la misma providencia, el Consejo de Estado en relación con el Deber que tienen las partes de actuar con buena fe y no guardar silencio respecto de reclamaciones que tengan durante a ejecución contractual, precisó:

"No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole.

Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia comercial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y reciproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato"

(...)

Ahora bien, bajo la hipótesis que se llegara a considerar la existencia de un eventual incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista por los motivos alegados en la Reconvención, tal inobservancia se predicaría de igual manera respecto de la ANI. En efecto, si con el alegado incumplimiento de CSS – por las razones invocadas en la Reconvención – se hubiera roto el equilibrio económico del contrato de concesión, la ANI habría dado lugar a dicha ruptura o al menos, contribuido a ella, toda vez que como se ha puntualizado, le asistía la obligación de vigilancia de la ejecución integral del Contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993,

	<p>incluido el marco financiero de la Concesión. Por consiguiente, en la hipótesis de una ruptura del equilibrio financiero en detrimento de la entidad, al no haber hecho esta última, ni tampoco la interventoría, solicitud, expresión o constancia alguna con el fin de conjurar dicho desequilibrio, se concluiría que la Administración habría omitido el incumplimiento de sus deberes legales, al no haber adoptado la medida correctiva en ninguno de los escenarios en los que la ANI participó de forma activa como entidad contratante.</p>
Tema principal 1	Efecto de los acuerdos Conciliatorios suscritos entre las partes de un contrato.
Tema principal 2	El proceso ejecutivo como vía para reclamar el incumplimiento de un acuerdo conciliatorio.
Tema Accesorio 1	Oportunidad para interponerse los medios de control.
Tema Accesorio 2	Cesión de la posición contractual.
Tema Accesorio 3	Los contratos de concesión de primera generación.
Tema accesorio 4	El ingreso mínimo garantizado en los contratos de concesión.
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Concesión
Subclasificación	Obra
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público	<p>A través del Concepto presentado por el señor Agente del Ministerio Público, se examinan dos cuestiones jurídicas: La primera, si las pretensiones están cubiertas por la cosa juzgada; la segunda, si hay materia disputada que sea objeto arbitral.</p> <p>Sobre el primer aspecto, concluye que si bien hay competencia para declarar el incumplimiento del Acuerdo, el Tribunal es incompetente para la ejecución del mismo y para modificar su alcance, “en tanto tales declaraciones se encuentran cobijadas por la cosa juzgada”. Como las pretensiones de la demanda se refieren al alcance del Acuerdo Conciliatorio de 3 de mayo de 2005, y están “cubiertas por la cosa juzgada”, deben ser desestimadas.</p> <p>Lo cual fundamenta en que el Acuerdo conciliatorio y el acta de aprobación son de naturaleza declarativa, según la Ley 446 de 1998 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En esa medida, la exigibilidad de su cumplimiento, no puede darse mediante otro procedimiento de la misma naturaleza, salvo que se trate de reclamar asuntos que resulten del incumplimiento de la declaración lograda, verbigracia los perjuicios derivados del mismo.</p> <p>El acta de conciliación presta mérito ejecutivo y en caso de no cumplirse la obligación estipulada habrá que iniciar el proceso ejecutivo, pues en caso de no hacerlo dentro de los cinco años contenidos en la norma, la acción prescribe. Prescrita la acción ejecutiva, no hay lugar a interponer nuevo proceso declarativo.</p> <p>Por su parte, encuentra el Tribunal en las pretensiones respecto del mismo punto que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El acuerdo conciliatorio cuyo incumplimiento se solicita, versa

	<p>sobre situaciones de incumplimiento anteriores a 2005 y, sobre aspectos resueltos en el Acuerdo Conciliatorio de 3 de mayo, aprobado el 26 de mayo de 2005. Así, no es posible realizar nuevas declaraciones, porque el acuerdo cubre todas las situaciones que se debatían contractualmente sobre la cancelación de órdenes de pago, así como la forma como las mismas iban a ser canceladas.</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. Las pretensiones 5 y 9, recaen en el no pago de lo acordado en el Acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2015, con prueba de que la entidad ya pagó, de manera que no hay incumplimiento total del Acuerdo Conciliatorio. 3. Las pretensiones no son claras y sin forma de saber si la reclamación es por el pago de la obligación o por el pago de los perjuicios por mora en el cumplimiento de la obligación del Acuerdo Conciliatorio de 3 de mayo de 2005. Compete al Tribunal interpretar la demanda y las pretensiones. De considerar que la pretensión es sobre el pago de la obligación y no por la mora, debe negarla por improcedente. <p>De otro lado, en lo que compete al segundo aspecto, el cual refiere a la Demanda de Reconvención, cuyas pretensiones son acerca de cómo calcular en el Contrato No. 0849 de 1995, la Tasa Interna de Retorno TIR y, si hay excedentes del Contratista que deban ser devueltos a la ANI. Procedió el Agente del Ministerio a analizar enseguida el alcance de la TIR del proyecto y cómo se pactó la remuneración en los contratos de primera generación, concluyendo que los dineros que corresponden a la diferencia entre el ingreso mínimo garantizado y el ingreso máximo aportante, que no hayan sido usados para cubrir las contingencias contractuales a las que estaban destinados de manera específica, deben imputarse al final de la ejecución del contrato a la TIR del Concesionario. Como consecuencia de lo anterior, afirmó que el Concesionario, debe devolver a la ANI, los dineros que en virtud de lo anterior se constituyan en excedentes, esto es, mediante giro o su inversión en el proyecto, por parte del Concesionario, esto último en caso de ser posible.</p>
VI. FUENTES RELEVANTES	
Normativas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Artículo 88, 206, 281, 422, 430 del Código General del Proceso 2. Artículo 141, 164 de la Ley 1437 de 2011 3. Artículo 64, 66, 70, de la Ley 446 de 1998 4. Artículo 2.2.4.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015 5. Artículo 13 de la Ley 270 de 1996 modificado por el Art. 6 de la ley 1285 de 2009 en desarrollo del art. 116 de la Constitución Política. 6. Artículo 769, 1625, 2469, 2483, 2485 del Código Civil 7. Artículo 835 del Código Civil Argentino. 8. Artículo 4, 13, 32 de la Ley 80 de 1993 9. Artículo 30, 33 de la Ley 105 de 1993 10. Artículo 36 de la Ley 153 de 1887

1. SOBRE EL PROCESO EJECUTIVO:

1.1. Sección Tercera del Consejo de Estado, auto de 27 de enero de 2005, expediente 27.322.

2. SOBRE LA CONCILIACIÓN:

2.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Auto de 28 de abril de 2014, Exp. 41.834.

2.2. Corte Constitucional, sentencia C-893 de 2001.

2.3. Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001.

2.4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto de 28 de abril de 2014, Exp. 41.834

2.5. Consejo de Estado, sección 3, octubre 20 de 2014; rad. 27136.

3. SOBRE LA NATURALEZA DE LAS EXCEPCIONES:

3.1. Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial XLVI, 623; XCI, pág. 830.

4. SOBRE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE PRIMERA GENERACIÓN:

4.1. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá D.C., 9 de diciembre de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01 (27921).

4.2. Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio civil, 9 de febrero de 2006, Radicación número 11001-03-06-000-2005-01674-00 (1574).

4.3. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá D.C., 23 de agosto de 2013. Radicación número 11001-03-06-00-2013-00212-00(2148)

5. SOBRE LA ESTRUCTURA FINANCIERA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y GARANTÍAS DE INGRESOS:

5.1. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá D.C., 7 de marzo de 2007. Radicación número 11001-03-06-000-2007-00005-00.

6. SOBRE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS:

6.1. Consejo de Estado, D.C., 9 de mayo de 2012. Radicación número: 88001233100020000057 01. (22714)

7. SOBRE EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL:

7.1. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, Exp. 28.616.

7.2. Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección B. Bogotá D.C., 31 de agosto de 2011. Radicación número: 25000-23-26-

	000-1997-04390-01 (18080)								
	<p>8. SOBRE LA BUENA FE CONTRACTUAL:</p> <p>8.1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.C., 2014. Expediente número 25000-23-25-000-2011-00609-02 (3130-13).</p> <p>8.2. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-332 de 1994.</p>								
Jurisprudencia Arbitral	No se acude a jurisprudencia arbitral								
VII. DURACIÓN DEL PROCESO									
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda	<ol style="list-style-type: none"> 1. Presentación de la demanda: 4 de septiembre de 2014 2. Fecha laudo: 21 de noviembre de 2016 3. 809 días 								
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite	<ol style="list-style-type: none"> 1. Primera audiencia de trámite: 10 de febrero de 2016 2. 285 días 								
Suspensiones solicitadas por las partes	(4) para un total de 101 días hábiles.								
Suspensiones por causa legales	(0) No se registraron suspensiones por causas legales.								
VIII. DECISUM									
<p>Respuesta al problema planteado: Decisión unánime: <u>SI</u> Salvamento de voto: <u>NO</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal: <u>NO</u> Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal: <u>SI</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvencción: <u>NO</u> Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvencción: <u>SI</u></p>	<p style="text-align: center;"><u>PRETENSIONES DEMANDA PRINCIPAL</u></p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES</th> <th>DECISIÓN</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>PRIMERA: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en virtud de la subrogación del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, sus adicionales y modificatorios, y de la cesión a título gratuito que le hiciera el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.</td> <td style="text-align: center;">PROSPERA</td> </tr> <tr> <td>SEGUNDA: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en su condición de entidad contratante en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.</td> <td style="text-align: center;">PROSPERA</td> </tr> <tr> <td>TERCERA: Declarar que el</td> <td style="text-align: center;">PROSPERA</td> </tr> </tbody> </table>	PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES	DECISIÓN	PRIMERA: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en virtud de la subrogación del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, sus adicionales y modificatorios, y de la cesión a título gratuito que le hiciera el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.	PROSPERA	SEGUNDA: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en su condición de entidad contratante en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.	PROSPERA	TERCERA: Declarar que el	PROSPERA
PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES	DECISIÓN								
PRIMERA: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en virtud de la subrogación del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, sus adicionales y modificatorios, y de la cesión a título gratuito que le hiciera el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.	PROSPERA								
SEGUNDA: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en su condición de entidad contratante en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.	PROSPERA								
TERCERA: Declarar que el	PROSPERA								

	<p>Tribunal de Arbitramento instaurado por el contratista concesionario del contrato de Concesión No. 0849 de 1995, mediante convocatoria arbitral del 22 de mayo de 2003 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato, finalizó con el Acuerdo Conciliatorio celebrado por las partes el 3 de mayo de 2005 y aprobado por el Tribunal mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral).</p>	
	<p>CUARTA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare que el Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral), hizo tránsito a cosa juzgada.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>QUINTA: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en su condición de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, incumplió las obligaciones a su cargo en tal condición, surgidas del Acuerdo Conciliatorio el 3 de mayo de 2005, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante auto del 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral) según se pruebe en este proceso.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>SEXTA: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI en su condición de entidad contratante, debe responder por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo surgidas del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005, celebrado entre las partes en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante auto del 26 de</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral) según se pruebe en este proceso.</p>	
	<p>SÉPTIMA: Declarar que CSS CONSTRUCTORES S.A., en virtud del documento firmado el 29 de enero de 2014, asumió la posición contractual de contratista concesionario en el Contrato de Concesión 0849 de 1995, que se encontraba en cabeza del Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>OCTAVA: Declarar que CSS CONSTRUCTORES S.A., en su condición de contratista concesionario en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el contrato de concesión No. 0849 de 1995.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>NOVENA: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI incumplió el Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante auto del 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral), en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de la interposición de esta demanda, de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en el Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005 de los costos de financiación en que incurrió el concesionario respecto de las órdenes de pago autorizadas dentro del alcance complementario, según se pruebe en este proceso, por concepto de las actividades y obras complementarias ejecutadas por el concesionario.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>DÉCIMA: Declarar que en virtud del incumplimiento del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral), en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>fecha de interposición de esta demanda, de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en el Acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005 de los costos de financiación en que incurrió el concesionario respecto de las órdenes de pago autorizadas dentro del alcance complementario, según se pruebe en este proceso, por concepto de las actividades y obras complementarias ejecutadas por el Concesionario, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI deberá reconocer y cancelar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de NOVENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS M/CTE (\$90.787.778.570), teniendo en cuenta la obligación causada y no cancelada por la entidad, así como los pagos abonados por la entidad demandada, según lo probado en este proceso.</p>						
	<p>DÉCIMA PRIMERA: Declarar que la pretensión décima anterior, no está cobijada por la cosa juzgada derivada del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral).</p>	<p>NO PROSPERA</p>					
	<table border="1"> <thead> <tr> <th data-bbox="657 1381 1122 1476">PRETENSIONES DE CONDENA</th> <th data-bbox="1122 1381 1507 1476">DECISIÓN</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="657 1476 1122 1902"> <p>PRIMERA: Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de NOVENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS M/CTE (\$90.787.778.570), valor resultante del saldo causado y no cancelado como consecuencia del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de</p> </td> <td data-bbox="1122 1476 1507 1902"> <p>NO PROSPERA</p> </td> </tr> </tbody> </table>	PRETENSIONES DE CONDENA	DECISIÓN	<p>PRIMERA: Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de NOVENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS M/CTE (\$90.787.778.570), valor resultante del saldo causado y no cancelado como consecuencia del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de</p>	<p>NO PROSPERA</p>		
PRETENSIONES DE CONDENA	DECISIÓN						
<p>PRIMERA: Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de NOVENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS M/CTE (\$90.787.778.570), valor resultante del saldo causado y no cancelado como consecuencia del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de</p>	<p>NO PROSPERA</p>						

	<p>2005, aprobado por el Tribunal de Arbitramento convocado para tal efecto, mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral), liquidado a julio 30 de 2014, en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en el acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005 de los costos de financiación en que incurrió el concesionario respecto de las órdenes de pago autorizadas dentro del alcance complementario, según se pruebe en este proceso, por concepto de las actividades y obras complementarias ejecutadas por el Concesionario.</p>	
	<p>SEGUNDA: Que las sumas que resulten de la pretensión primera de condena se actualicen debidamente, mediante la aplicación del IPC vigente a la fecha de la expedición del laudo arbitral que ponga fin al proceso, certificado por el DANE.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TERCERA: Que, igualmente, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte a favor de CSS CONSTRUCTORES S.A., se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>CUARTA: Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>QUINTA: Que en caso de que interponga recurso de anulación en contra el eventual Laudo Arbitral, favorable a las pretensiones de esta demanda, se disponga que deben pagarse a favor de CSS CONSTRUCTORES S.A., intereses moratorios desde el día siguiente al término establecido en el artículo 40 de la ley 1563 de 2012, esto es, con independencia de la interposición de dicho recurso y de la fecha de ejecutoria de la</p>	<p>NO PROSPERA</p>

eventual sentencia favorable que al efecto profiera la sección tercera del consejo de estado.

**PRETENSIONES SUBSIDIARIAS
A LAS PRETENSIONES DE
CONDENA**

DECISIÓN

**PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA
PRETENSIÓN TERCERA
PRINCIPAL DE CONDENA:** Que
igualmente respecto de cualquier
suma de dinero debidamente
actualizada que resulte a favor de
CSS CONSTRUCTORES S.A., se
liquiden intereses comerciales
moratorios a la tasa prevista en el
artículo 4 numeral 8 de la ley 80 de
1993.

NO PROSPERA

**SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA
PRETENSIÓN TERCERA
PRINCIPAL DE CONDENA:** Que,
igualmente, respecto de cualquier
suma de dinero debidamente
actualizada que resulte a favor de
CSS CONSTRUCTORES S.A., se
liquiden intereses comerciales
moratorios a la tasa definida por el
Tribunal de Arbitramento, aplicando
los criterios de ley establecidos a
este efecto.

NO PROSPERA

**PRETENSIÓN PRIMERA
SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN
QUINTA PRINCIPAL DE
CONDENA:** Que en caso de que
se interponga recurso de anulación
contra el eventual laudo arbitral
favorable a las pretensiones de
esta demanda, y se asuma que el
término de ejecutoria del laudo sólo
se produce con la ejecutoria de la
eventual sentencia de anulación de
la Sección Tercera del Consejo de
Estado que desestime el recurso
interpuesto, se disponga que CSS
CONSTRUCTORES S.A., tiene
derecho al pago de intereses
comerciales a partir del día
siguiente al previsto en el artículo
40 de la ley 1563 de 2012 y hasta
el día anterior a la ejecutoria de
dicha sentencia, e intereses
moratorios a partir del día siguiente
a la ejecutoria de la sentencia que
desestime el recurso de anulación”.

NO PROSPERA

PRETENSIONES DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PRETENSIONES	DECISIÓN
PRIMERA: Que se declare que de conformidad con el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, así como sus adicionales, modificatorios y demás documentos contractuales, así como lo dispuesto en el párrafo 3 del Artículo 30 de la Ley 105 de 1993, los ingresos que produzca la obra dada en el Contrato de Concesión No 0849 de 1995, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto este obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato, el retorno del capital invertido.	PROSPERA
SEGUNDA: Que se declare que de conformidad con el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, así como sus adicionales, modificatorios y demás documentos contractuales, la Tasa interna de Retorno (TIR) del proyecto es de 11,64% anual real.	PROSPERA
TERCERA: Que se declare que en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, el equilibrio económico radica en garantizar el retorno de la inversión efectuada más la rentabilidad pactada, medida en los términos de la TIR estipulada en el Contrato.	PROSPERA
CUARTA: Que se declare que en ejecución del contrato de concesión No. 0849, el Concesionario ha recibido ingresos comprendidos entre el IMG y el Máximo aportante, no imputados para el alcance de la TIR ni utilizados para cubrir déficits.	NO PROSPERA
QUINTA: Que se declare que el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, cuenta con una metodología referida al tratamiento que debe darse a los ingresos de recaudo de peaje que sobrepasan lo que se denomina el máximo de tránsito vehicular aportante.	PROSPERA
SEXTA: Que se declare que de conformidad con el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995. Así como sus adicionales, modificatorios y demás documentos contractuales, así como la normatividad vigente, el incumplimiento del Concesionario al no haber acumulado ni incorporado al Modelo Financiero del Proyecto los ingresos recibidos y comprendidos entre el IMG y el Máximo Aportante, no imputados para el alcance de la TIR ni utilizados para cubrir déficits, ya	NO PROSPERA

	<p>que se genera un desequilibrio financiero en el contrato en contra de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.</p> <p>SÉPTIMA: Que se declare que los ingresos recibidos por el Concesionario comprendidos entre el IMG y el Máximo Aportante, que no hayan sido imputados para el alcance de la TIR ni utilizados para cubrir déficits, deben ser reintegrados a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.</p>	<p>NO PROSPERA</p>																
	<p>PRETENSIONES CONDENATORIAS</p> <p>PRIMERA: Que se CONDENE a la parte Convocada al pago de la suma que asciende a \$172.019.145.857 a febrero de 2015 en pesos de enero de 2015, o la que resulte efectivamente probado en el proceso, por concepto de los ingresos recibidos por el Concesionario en el rango comprendido entre el IMG y el Máximo Aportante, que no hayan sido imputados para el alcance de la TIR ni utilizados para cubrir déficits.</p>	<p>DECISIÓN</p> <p>NO PROSPERA</p>																
<p>EXCEPCIONES</p>	<p><u>EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA DEMANDA PRINCIPAL</u></p> <table border="1"> <thead> <tr> <th data-bbox="669 1266 1230 1302">EXCEPCIÓN</th> <th data-bbox="1230 1266 1507 1302">DECISIÓN</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="669 1302 1230 1453">PRIMERA: Del carácter meramente ejecutivo del presente asunto.</td> <td data-bbox="1230 1302 1507 1453">NO PROSPERA</td> </tr> <tr> <td data-bbox="669 1453 1230 1669">SEGUNDA: De la falta de competencia del Tribunal Arbitral convocado para conocer del presente asunto.</td> <td data-bbox="1230 1453 1507 1669">NO PROSPERA</td> </tr> <tr> <td data-bbox="669 1669 1230 1705">TERCERA: De la caducidad de la acción.</td> <td data-bbox="1230 1669 1507 1705">NO PROSPERA</td> </tr> <tr> <td data-bbox="669 1705 1230 1795">CUARTA: Ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ANI.</td> <td data-bbox="1230 1705 1507 1795">NO PROSPERA</td> </tr> <tr> <td data-bbox="669 1795 1230 1831">QUINTA: El cobro de lo no debido.</td> <td data-bbox="1230 1795 1507 1831">NO PROSPERA</td> </tr> <tr> <td data-bbox="669 1831 1230 1866">SEXTA: Enriquecimiento sin causa.</td> <td data-bbox="1230 1831 1507 1866">NO PROSPERA</td> </tr> <tr> <td data-bbox="669 1866 1230 1890">SÉPTIMA: Indebida acumulación de</td> <td data-bbox="1230 1866 1507 1890">NO PROSPERA</td> </tr> </tbody> </table>		EXCEPCIÓN	DECISIÓN	PRIMERA: Del carácter meramente ejecutivo del presente asunto.	NO PROSPERA	SEGUNDA: De la falta de competencia del Tribunal Arbitral convocado para conocer del presente asunto.	NO PROSPERA	TERCERA: De la caducidad de la acción.	NO PROSPERA	CUARTA: Ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ANI.	NO PROSPERA	QUINTA: El cobro de lo no debido.	NO PROSPERA	SEXTA: Enriquecimiento sin causa.	NO PROSPERA	SÉPTIMA: Indebida acumulación de	NO PROSPERA
EXCEPCIÓN	DECISIÓN																	
PRIMERA: Del carácter meramente ejecutivo del presente asunto.	NO PROSPERA																	
SEGUNDA: De la falta de competencia del Tribunal Arbitral convocado para conocer del presente asunto.	NO PROSPERA																	
TERCERA: De la caducidad de la acción.	NO PROSPERA																	
CUARTA: Ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ANI.	NO PROSPERA																	
QUINTA: El cobro de lo no debido.	NO PROSPERA																	
SEXTA: Enriquecimiento sin causa.	NO PROSPERA																	
SÉPTIMA: Indebida acumulación de	NO PROSPERA																	

pretensiones: existencia de una pretensión incierta vs. el principio de congruencia.	
OCTAVA: Excepción genérica.	

EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

EXCEPCIÓN	DECISIÓN
PRIMERA: Inexistencia de la obligación	PROSPERA
SEGUNDA: Inexistencia de la obligación de restituir sumas de dinero a la entidad concedente.	PROSPERA
TERCERA: Inexistencia del valor pretendido por la entidad demandante.	NO PROSPERA
CUARTA: Prevalencia de las cláusulas contractuales en el marco de la Ley.	PROSPERA
QUINTA: La genérica o innominada.	

Valor de la decisión	0 por improcedencia sustantiva de las pretensiones correspondientes.
Valor de las costas y agencias en derecho	0
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)	NINGUNA
IX. EVENTUALES	
Recurso de Anulación	NO
Recurso de Revisión	NO
Acción de Tutela	NO
Conciliación total	NO
Conciliación parcial	NO

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES

I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	TRANSMASIVO S.A. y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A., VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.
Convocante	Sociedades: <ul style="list-style-type: none"> - Transmasivo S.A. - Sistemas Operativos Móviles S.A. – SOMOS K S.A.
Nacionalidad del convocante	Colombianas
Naturaleza del Convocante	Personas jurídicas – Sociedades Anónimas
Sector de Actividad Económica	Distrital
Convocado	Transmilenio S.A.
Nacionalidad del convocado	Colombiano
Naturaleza del Convocado	Persona jurídica - Sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos.
Subsector del sector público	Transporte
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá D.C., 21 de diciembre de 2016
Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá
Árbitros	Carmenza Mejía Martínez
	Juan Carlos Expósito Vélez
	César Augusto Torrente Bayona
Secretario	Abricio Mantilla Espinosa
Se presentó demanda de reconvención	No
Cuantía de la demanda principal	\$72.825'000.000
Cuantía de la demanda de reconvención	No aplica
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO	
	<p>ANTECEDENTES:</p> <p>El 31 de julio de 2002, se expidió el Documento CONPES 3185 de 2002 que estableció que el Sistema TRANSMILENIO debía atender el Corredor Vial Bogotá – Soacha, según el cual debía solicitar un número determinado buses.</p> <p>Con ocasión de dicho CONPES, se expidió la adenda No. 2 dentro de la Licitación Pública promovida por TMSA para adjudicar los contratos de concesión de la Fase II (Av. Américas, NQS, Av. Suba), estableciendo que el Sistema TRANSMILENIO abarcaría el Corredor Vial Bogotá – Soacha. A través de esta adenda, se incluyeron los siguientes puntos (no previstos inicialmente en el pliego de condiciones):</p> <p>i. Se modificó el mapa y el cuadro que incluía el fin del</p>

- trazado de la NQS para incluir Soacha.
- ii. Se ofrecieron puntos adicionales a los proponentes por vincular empresas, propietarios y vehículos pertenecientes a Soacha para la reposición de flota.
 - iii. Se incluyó una obligación expresa a cargo de los concesionarios para asumir el aseo y vigilancia de las estaciones que integrarían la Fase II.

Posteriormente, TMSA expidió otra adenda a los pliegos, la cual dio lugar a un aumento de buses y un concesionario de transporte adicional.

TRANSMASIVO y SOMOS K fueron adjudicatarios de dos de las concesiones y vinculados a la Fase II, relativa la entrada en operación del Sistema TRANSMILENIO en las troncales de la Av. Américas, Suba, NQS hasta Soacha (Corredor Bogotá - Soacha).

Al inicio de la ejecución de los Contratos de Concesión, TMSA les informó a los concesionarios que requeriría setenta (70) vehículos para la atención de la demanda del Corredor Vial Bogotá – Soacha, en qué proporción debía ser asumido por cada uno de los concesionarios de la Fase II y cuándo entregaría el Corredor: Mayo de 2005.

EL CASO:

TMSA es el gestor y titular del Sistema TRANSMILENIO y en tal virtud, está obligado a planear y gestionar dicho Sistema, su implantación y operación y para ello, debe entregar la infraestructura a los concesionarios de operación de transporte a través de múltiples instrumentos tales como contratos de concesión y convenios suscritos con entidades del sector nacional, departamental y municipal que le son vinculantes junto con el diseño y aplicación de mecanismos de planeación, seguimiento y control, obligaciones notoriamente incumplidas.

En efecto, TMSA ha debido entregar en operación el Corredor Vial Bogotá – Soacha para mayo de 2005 y la operación sólo inició hasta diciembre de 2013, con ocho (8) años de retraso.

Adicional a la entrega tardía del corredor, TRANSMILENIO resolvió solicitar un menor número de flota al proyectado para la atención de la demanda del Corredor, y entre esta, gran parte de la flota fue solicitada a concesionarios de la Fase I, a pesar de que los concesionarios de la fase II (TRANSMASIVO, SOMOS K. y CONEXIÓN MÓVIL) soportaron grandes cargas contractuales – inclusive más gravosas que para la Fase I.

Los incumplimientos mencionados ocasionaron una prolongación del término en que habían de recorrerse los kilómetros contratados (superior a dieciséis (16) meses), lo cual generó costos y gastos ociosos y extraordinarios para TRANSMASIVO y SOMOS K, pendientes de indemnización.

	<p>Por su parte, TMSA ha reconocido compensaciones económicas a otros concesionarios por esa causa, absteniéndose de hacer lo propio con TRANSMASIVO y SOMOS K”.</p> <p>En el escrito de contestación de la demanda, la convocada aceptó algunos hechos, negó otros y formuló excepciones de mérito.</p>
<p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS</p>	
<p>Problema jurídico principal 1</p>	<p>¿Son válidas las renunciaciones a hechos futuros que penden de la voluntad de la entidad estatal?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>Ahora bien, respecto de la estipulación <i>“En todo caso el CONCESIONARIO declara conocida esta situación y renuncia con la suscripción de la minuta del contrato contenida en la PROFORMA 12 del presente Pliego a cualquier reclamación derivada de la modificación del cronograma tentativo”</i>, el Tribunal destaca que la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha venido sosteniendo que las renunciaciones a hechos futuros no son válidas, pues no es posible que el contratista renuncie a lo que no conoce, y que tampoco lo son las renunciaciones a perjuicios derivados de riesgos derivados de hechos que dependen de la voluntad exclusiva de la entidad estatal.</p> <p>En cuanto a lo primero, expresó: <i>“En efecto, las renunciaciones son válidas siempre (i) que consulten el interés individual del renunciante y (ii) no estén prohibidas (artículo 15 del Código Civil). A lo anterior habría que agregar que (iii) tampoco podrá renunciarse hacia el futuro, en tanto nadie puede renunciar lo que desconoce (artículo 1522 del Código Civil)”</i>. Así mismo, respecto de lo segundo, señaló el Consejo de Estado que <i>“tampoco resultaría ajustado a derechos asignar al concesionario la asunción de los riesgos cuya concreción se derive directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuvieran la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato”, situaciones que ocurrirían en “los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la administración contratante”</i></p> <p>De esta manera, el Tribunal concluye que la interpretación de las citadas cláusulas propuesta por la parte Convocada en el sentido de que el cronograma contractual no era vinculante y que existe una renuncia a toda posible responsabilidad de Transmilenio en cuanto a las fechas de implantación del Sistema sería contraria a derecho y, por lo mismo, el Tribunal no puede acogerla.</p> <p>En efecto, admitir una interpretación según la cual el cronograma no fuese vinculante, sería tanto como preferir una interpretación inane que restaría eficacia al anexo en su totalidad en contravía de la regla de interpretación prevista en el artículo 1620 del Código Civil que establece que: <i>“El sentido en que una cláusula puede</i></p>

	<p>producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.</p> <p>Entender que Transmilenio podía modificar el cronograma a su antojo, haciendo abstracción de que ello debía hacerse dentro de un escenario de cumplimiento de sus obligaciones de gestión del Sistema, implicaría la dilación injustificada de la entrega de la infraestructura, condición previa necesaria para la explotación concedida, y por lo tanto, una condición meramente potestativa en las voces del artículo 1535 del Código Civil que establece que: “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”.</p> <p>Entonces, el Tribunal encuentra que la modificación del cronograma de implantación debía producirse dentro de un ámbito de cumplimiento de los deberes de planeación y gestión de Transmilenio, y por tanto, debía sustentarse y sobre todo, informarse a los Concesionarios.</p>
<p>Problema Jurídico principal 2</p>	<p>¿En materia de contratación estatal, qué cargas se encuentran en cabeza del proponente durante la etapa precontractual ?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>Ahora bien, como se expresó, el deber de planeación principalmente se encuentra en cabeza de las entidades estatales. No obstante, destaca el Tribunal que, en los desarrollos jurisprudenciales más recientes del Consejo de Estado –los cuales si bien son posteriores a los hechos de la demanda, se basan en normas vigentes al momento de su ocurrencia y, más importante aún, en ejercicio de su autonomía como juez, el Tribunal los comparte pues considera que se trata de la interpretación más lógica de las normas mencionadas en el punto anterior y las que se mencionarán más adelante en este subtítulo–, los particulares oferentes ante la administración, también resultan responsables de la correcta implementación de la planeación ejecutada por la entidad contratante, pues es al oferente a quien le corresponde advertir las fallas o vacíos que se evidencien dentro de los estudios previos elaborados por la entidad. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido, que:</p> <p><i>“Finalmente, no debe olvidarse que a las voces del inciso 2o del artículo 3o de la Ley 80 de 1993 los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que... colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse.</i></p> <p><i>Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación</i></p>

indebida de los recursos públicos.

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un lapso de tiempo muy corto (v/gr. 60 días) y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición, es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse.

Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.”

Con base en los anteriores apartes jurisprudenciales, puede afirmarse que del deber de planeación se desprenden cargas y/o obligaciones de las cuales es titular el proponente, como quiera que este es un colaborador de la administración en la ejecución de proyectos contratados con miras a la consecución o concreción de una finalidad estatal. La principal fuente de dichas cargas y/o obligaciones es la buena fe contractual, esa misma que no sólo debe estar presente durante la ejecución del contrato, sino que, además, también se encuentra en la etapa previa a su suscripción, es decir, en las tratativas o negociaciones previas que llevan a cabo las partes para la configuración del contrato.

(...)

Conforme a lo anterior, el principio de buena fe obliga a las partes a comportarse de manera adecuada desde la etapa de tratativas precontractuales, haciéndolas asumir deberes secundarios de conducta que se apoyan en reglas de convivencia y solidaridad. En otras palabras, antes del perfeccionamiento del contrato, las partes deben actuar con lealtad y honestidad hasta el punto que “es deber de la parte que conoce o debe conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, dar noticia de ello a la otra parte. Esta regla se instala como prestación de conducta, en la categoría correspondiente a la información debida.

En ese orden de ideas, dichos deberes secundarios que se desprenden de la buena fe persiguen la realización del interés común de las partes, que la contratación estatal se concreta en el interés general o finalidad estatal. Concretamente, la doctrina ha identificado como deberes secundarios: el deber de protección, el deber de consejo, el deber de fidelidad, el deber de reserva y secreto, y el deber de información.

Así pues, el deber de protección consiste en evitar que sean lesionados los intereses de la contraparte o interés general cuando se trate de contratación estatal; el deber de consejo implica que las partes hagan una valoración del alcance de la información identificando las ventajas o desventajas del futuro contrato, cuyo análisis y resultado debe ser comunicado entre ellas para que con ello se adopte la decisión que mejor convenga; el deber de fidelidad impone que los sujetos se comporten de tal forma que se cumpla con las expectativas ajenas y esperadas durante las negociaciones, y posteriormente que ello sea cumplido durante la ejecución del contrato; el deber de reserva y secreto, comúnmente se ha identificado en los casos en que la información que se transmite o se obtiene por una de las partes no puede divulgarse, utilizarse o publicarse libremente y, finalmente, el deber de información, que en términos generales, consiste en suministrar los elementos suficientes, pertinentes y necesarios con los que la contraparte pueda tomar una decisión definitiva de contratar o no en la circunstancias específicas propuestas.

Del principio de la buena fe y, particularmente de los llamados deberes secundarios de conducta que se derivan del mismo, aparece claro para el Tribunal que la planeación del contrato si bien es un asunto que incumbe principalmente a la administración contratante, como un auténtico deber legal, no se trata de una situación absolutamente ajena al proponente, quien también debe desplegar unas ciertas conductas que aseguren el cumplimiento de los objetivos contractuales y que le aseguren, en la mayor medida posible, que se alcance el resultado individualmente querido con la ejecución del contrato.

(...)

Una vez identificadas las cargas precontractuales que se radican en cabeza de los sujetos que entran a negociaciones o tratativas previas, vale decir que en la contratación estatal dichos deberes son exigibles no solo a la administración, sino también al oferente, y que es de especial importancia el deber de información y consejo, puesto que, a pesar de que la administración debe cumplir con el deber y obligación legal de planeación ésta también espera que el oferente cumpla con el deber jurídico de informarse adecuadamente de las condiciones del objeto a contratar y así presentar su correspondiente propuesta, so pena que tenga que asumir las consecuencias de su negligencia por no realizar el correspondiente análisis de la información brindada, puesto que, como ya se expresó, es al contratista a quien le corresponde advertir las falencias o vacíos evidentes que se puedan derivar del pliego de condiciones y los estudios previos.

(...)

Lo anterior realmente constituye un aspecto sorprendente para el Tribunal, especialmente dado que la falta de un estudio previo, de un estudio de necesidad y conveniencia, de unos estudios financieros, de un estudio de demanda y, en general, de una

	<p>estructuración técnica, legal y financiera del Adendo 2, era evidente, esto es, aparecía de bulto aún para el más lego, aún para el menos conocedor de los sistemas de transporte público terrestre de pasajeros. Esta situación implica que los proponentes, específicamente para el caso que interesa al Tribunal, los proponentes que dieron lugar al nacimiento de Transmasivo y Somos K, también incumplieron sus deberes de planeación, deberes existentes en los términos de la jurisprudencia administrativa citada y que se desprenden de la aplicación de las cargas propias de la buena fe precontractual igualmente analizadas atrás.</p> <p>Al respecto, el Tribunal recuerda que el oferente es sujeto activo de ciertos deberes, cargas y obligaciones en la etapa precontractual y que se relacionan directamente con el deber de planeación de las entidades estatales, como es el deber de informarse estudiando la información entregada por la entidad contratante para con ello realizar sus observaciones y cálculos, y luego sí presentar su propuesta. Por ello, el proponente debe ser diligente y sagaz en relación con el contenido de su propuesta, toda vez que esta misma durante la ejecución del contrato también será tomada en cuenta para la realización y materialización del objeto contractual contratado.</p>
<p>Problema Jurídico principal 3</p>	<p>¿La violación a los deberes y cargas de planeación en cabeza de las partes de un contrato estatal pueden configurar la nulidad absoluta por objeto ilícito?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>Como puede verse, el mismo Consejo de Estado y aún la Corte Constitucional, en diversas ocasiones, ha sostenido que la violación del deber de planeación, por muy grave que sea, solo da lugar a la responsabilidad contractual de la entidad estatal, lo cual revela que no es una posición unánime en la jurisprudencia la de que la violación a los deberes de planeación genera la nulidad absoluta del contrato y, por lo mismo, no puede entenderse dicha posición jurisprudencial como un auténtico precedente judicial vinculante.</p> <p>Adicionalmente, este Tribunal de Arbitramento no comparte la posición de la jurisprudencia Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado antes señalada, en cuanto a que el desconocimiento del deber de planeación, como ocurrió en el presente caso, afecta la validez del contrato celebrado y, en consecuencia, tampoco desde esta perspectiva es procedente la declaración de nulidad de la Adenda 2 al Pliego de Condiciones. En efecto, si bien se han encontrado las situaciones que “desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas” y que “desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse”, a las que se refiere la jurisprudencia citada, a diferencia de la posición decantada por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no se considera que tales situaciones se constituyan en violación del derecho público de la nación como presupuesto de la configuración del objeto ilícito de</p>

las cláusulas contractuales.

Lo anterior, toda vez que las normas que consagran la planeación de los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenidas en los artículos 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, no reportan como consecuencia jurídica una afectación de la validez de la relación contractual configurada, sino que, por el contrario, según las voces del artículo 26-3 de la misma Ley 80 de 1993, la consecuencia de tal situación recae en las entidades estatales y en los servidores públicos en el marco del principio de responsabilidad, y al tenor del principio de legalidad y su repercusión respecto de las autoridades administrativas, es tal consecuencia la que se debe aplicar y no hace efectiva la sanción de nulidad absoluta. En otras palabras, la misma ley trae una consecuencia para el desconocimiento de los deberes de planeación, de ahí que el juez, en este caso el Tribunal de Arbitramento, no puede desconocer ese contenido normativo para aplicar una mera posición jurisprudencial que no tiene en cuenta lo dicho por el artículo 26-3 de la Ley 80 de 1993, y no puede desconocerse pues según el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces están sometidos al imperio de la ley.

Igualmente, la aplicación de la consecuencia legal expresa de la violación del deber de planeación, es la única manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso de las partes, pues lo cierto es que conforme al artículo 29 de la Constitución Política, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, de tal manera que solo se garantiza el debido proceso si se aplican las consecuencias legales expresas, como la contenida en el artículo 26-3 de la Ley 80 de 1993. Con ello, el Tribunal advierte que la posición que se asume aquí es la que mejor garantiza los derechos fundamentales de las partes, los cuales sí podrían resultar vulnerados si se aplicara la posición de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Con lo anterior, encuentra el Tribunal que, aún en el hipotético caso de que se adopte la posición de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado como un auténtico precedente jurisprudencial vinculante –que no lo es–, se satisfacen suficientemente los requisitos señalados por la Corte Constitucional para que un juez en su autonomía funcional pueda apartarse del precedente de las autoridades judiciales de cierre y aparecer como disidente, según lo señalado en la sentencia T-455 de 2012.

En suma, con base en el hecho de que la posición jurisprudencial que considera que ciertas faltas muy graves al deber de planeación acarrear la nulidad absoluta del contrato estatal no se encuentra contenida en sentencia de unificación alguna, y con la circunstancia de que el mismo Consejo de Estado ha considerado que la violación al deber de planeación da lugar simplemente a responsabilidad contractual de la entidad estatal, aunado al hecho de que la jurisprudencia de la cual se aparta este Tribunal de Arbitramento no tiene en cuenta las consecuencias que la misma Ley 80 de 1993 consagra para la violación del deber de planeación, es forzoso concluir que no puede declararse la nulidad absoluta de la Adenda 2 y del aparte del Contrato de Concesión que se refiere a la extensión de la operación en la troncal NQS hasta el Municipio

	de Soacha, sino que ello da lugar al análisis de los demás elementos de la responsabilidad contractual.
Problema Jurídico Accesorio 1	¿Cuáles son los límites de un tribunal de arbitramento para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal?
Ratio Decidendi	<p>Frente a esa posibilidad de que se declare la nulidad de oficio del contrato estatal, la primera inquietud que aparece consiste en si un tribunal de arbitramento podría proceder a llevar a cabo esa declaratoria de nulidad absoluta. Al respecto, con base en el reconocimiento expreso de la autonomía del pacto arbitral respecto del contrato al cual se encuentra vinculado, se ha concluido que el juez arbitral sí tiene competencia para declarar la nulidad absoluta del contrato, como bien lo prevé el artículo 4o de la Ley 1563 de 2012.</p> <p>En ese sentido, la jurisprudencia administrativa ha reconocido de manera reiterada la competencia del juez arbitral para proceder a declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato estatal sometido a su conocimiento, sin que ello implique vulneración del principio de congruencia.</p> <p>(...)</p> <p>En suma, doctrina y jurisprudencia se encuentran de acuerdo en que los tribunal de arbitramento no solo tienen la posibilidad sino que tienen el deber de proceder a declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos estatales sometidos a su conocimiento, esto es, que gozan de plena competencia para proceder a adoptar esa decisión.</p> <p>De otra parte, la jurisprudencia administrativa y la doctrina han expresado al unísono que existen algunos límites sustanciales para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, sea por parte del juez contencioso administrativo o por el juez arbitral. Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado:</p> <p><i>“La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción, por la vía de acción, los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos; sin embargo, la facultad del juez no es ilimitada. En efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii)</i></p>

que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente.”

(...)

Como puede verse, jurisprudencia y doctrina se encuentran de acuerdo en que uno de los límites a la declaración de nulidad absoluta de oficio por parte del juez administrativo es el transcurso del tiempo suficiente para el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria, en los términos del artículo 1742 del Código Civil, aplicable al caso concreto en virtud de la remisión contenida en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Al respecto, el Tribunal hace notar que cuando el artículo 1742 del Código Civil dispone que cuando la nulidad *“no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”*, al decir *“en todo caso”*, ello implica que el saneamiento por prescripción extraordinaria también opera para la nulidad derivada de objeto ilícito, como lo ha aceptado la doctrina. En ese sentido, la Corte Constitucional, al estudiar el citado artículo 1742, llegó a idéntica conclusión al decir:

En primer término, es preciso aclarar a quien interviene en nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho, que la norma objeto de demanda no prohíbe el saneamiento de la nulidad absoluta cuando ésta es generada por objeto o causa ilícita. Por el contrario, mediante la expresión acusada se autoriza su saneamiento siempre y cuando haya transcurrido un período determinado, que el legislador ha fijado en 20 años (ley 50/1936).

En efecto: según el precepto acusado cuando la nulidad absoluta no es producida por objeto o causa ilícitos puede sanearse por ratificación de las partes “y en todo caso por prescripción extraordinaria”. La expresión “y en todo caso” se refiere no sólo a las nulidades producidas por causas diferentes a objeto o causa ilícitos sino también a las generadas por éstos; pues si el legislador hubiere querido excluir del saneamiento los actos o contratos cuyo objeto o causa es ilícito, bien hubiera podido omitir dicha frase y decir expresamente “y por prescripción extintiva”, pero ello no ocurrió así.

En ese marco, observa el Tribunal, de una parte, que los Contratos de Concesión objeto del presente trámite arbitral fueron celebrados el 22 de febrero de 2003 y, de otra, que el artículo 2536 del Código Civil (modificado por el artículo 8o de la Ley 791 de 2002) dispone que el plazo de la prescripción extraordinaria es de diez (10) años contados a partir del correspondiente acto jurídico. En consecuencia, en el caso concreto, la prescripción extraordinaria y, por lo mismo, el saneamiento de la nulidad absoluta, ocurrió el 22 de febrero de 2013, razón por la cual en este momento el Tribunal ya no puede declarar la nulidad absoluta de oficio.

En todo caso, el Tribunal quiere detenerse en el hecho de que, actualmente, el literal j) del artículo 164-2 del CPACA prevé que la pretensión de nulidad absoluta de un contrato estatal puede intentarse siempre que el mismo se encuentre vigente. Al respecto, podría entenderse que, en virtud de dicha norma, el transcurso del

tiempo necesario para el saneamiento de la nulidad absoluta por la ocurrencia de la prescripción extraordinaria no resultaría relevante, pues lo cierto es que si está vigente la oportunidad para demandar la nulidad absoluta, también lo estaría la oportunidad para declarar la nulidad absoluta de oficio.

No obstante, para el Tribunal es claro, compartiendo lo expresado en la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, que al momento de celebrarse los Contratos de Concesión, la norma vigente en materia de caducidad de la acción era el artículo 136-10 del CCA, en virtud de la cual el plazo para presentar la demanda con pretensión de nulidad absoluta del contrato estatal, era de cinco años, los cuales vencieron el 22 de febrero de 2008. En consecuencia, dado que las normas sobre caducidad de la acción son de orden público, la mera entrada en vigencia del CPACA no revivió la posibilidad de demandar la nulidad absoluta del contrato y, por lo mismo, no impide el saneamiento de la nulidad absoluta por el transcurso del plazo de prescripción extraordinaria.

(...)

Así las cosas, el mero hecho de que el literal j) del artículo 164-2 CPACA hubiera modificado el plazo para demandar la nulidad absoluta de un contrato estatal no implica de manera alguna que, respecto de los contratos sobre los cuales operó la caducidad en los términos del artículo 136-10 del CCA, se reviviera la oportunidad para demandar su nulidad absoluta y, por lo mismo, que se reviviera la oportunidad para que el juez del contrato pudiera declarar de oficio su nulidad absoluta.

A lo anterior debe agregarse que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 prevé que “los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se registrarán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”, de tal manera que habiendo comenzado a correr el plazo de caducidad de la acción contractual en vigencia del artículo 136-10 del CCA, es dicha norma la aplicable y no el literal j) del artículo 164-2 del CPACA, razón adicional para concluir que sí resultaba procedente en el caso concreto el saneamiento de la nulidad absoluta por prescripción extraordinaria.

Con base en las anteriores normas y jurisprudencias, concluye el Tribunal que sería competente para declarar la nulidad absoluta del contrato de concesión sometido a su conocimiento, pues además de que las normas sustanciales y procesales citadas consagran esa posibilidad para los jueces administrativos, la jurisprudencia administrativa y la doctrina han entendido que esa facultad se extiende a cualquiera que sea el juez del contrato, esto es, que se extiende incluso a los árbitros, en el caso concreto.

Además, en cuanto a los requisitos para que se proceda a la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato de concesión, el Tribunal encuentra lo siguiente: (i) de una parte, como se explicó antes, la existencia de la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito aparece manifiesta en el presente proceso, y (ii) de otra, son partes de este proceso tanto el

	<p>Transmilenio S.A. como las sociedades Transmasivo y Somos K, quienes son las partes de los Contratos de Concesión, cumpliéndose con ello el requisito exigido por los artículos 87 del CCA y 141 del CPACA.</p> <p>No obstante, dado que la prescripción extraordinaria y, por lo mismo, el saneamiento de la nulidad absoluta de los Contratos de Concesión, ocurrió el 22 de febrero de 2013, en este momento el Tribunal ya no puede declarar la nulidad absoluta de oficio.</p>
Problema Jurídico accesorio 2	¿Cómo opera la ineficacia de pleno derecho en contratación estatal?
Ratio decidendi	<p>La ineficacia de pleno derecho es aquel fenómeno jurídico por medio del cual el ordenamiento asume que un determinado acto, contrato o, en general, cualquier negocio jurídico es inoperante y, por lo tanto, debe sancionarse y entenderse por no escrito, por ser violatorio de normas imperativas que así lo disponen. En pocas palabras, se entenderá por no escrita toda estipulación que contraría el ordenamiento jurídico, concretamente en los casos en que el mismo prevea esta sanción legal, pues como lo ha dicho la doctrina, tal sanción “exige norma o texto legal expreso; solo es aplicable a las hipótesis fácticas expresamente establecidas por el legislador, sin admitir generalización ni extensión a casos distintos”</p> <p>(...)</p> <p>Con fundamento en lo anterior, este Tribunal identifica como rasgos característicos de la ineficacia de pleno derecho: (i) que se trata de un juicio normativo de valoración negativa en el que se identifica que cierto negocio jurídico es contrario al ordenamiento jurídico y a lo previsto en él para su reconocimiento y protección; (ii) la consecuencia lógica de dicha contradicción entre lo previsto por el ordenamiento jurídico y el acto jurídico es su destrucción automática, entendiéndose por no escrita la estipulación; (iii) es necesaria una consagración legal expresa para que se entienda que el negocio jurídico se sanciona con el rótulo de ineficacia de pleno derecho, y (iv) al operar de pleno derecho, no requiere de la declaratoria judicial sino que la consecuencia será pura y simplemente la inaplicación de la regla contractual.</p> <p>En ese orden de ideas, no cabe duda de que el Tribunal es competente para reconocer la existencia de una ineficacia de pleno derecho en los Contratos de Concesión, sin necesidad de que se declare así, aunque con el deber de inaplicar la respectiva cláusula contractual sobre la cual pesa el mencionado vicio.</p> <p>Una vez precisado el entendimiento de la ineficacia de pleno derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta pertinente hacer mención a la forma en que se aplica dicha figura en la contratación estatal. En este sentido, además de los casos del derecho común aplicables en virtud de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, es preciso hacer notar que de conformidad con el artículo 24-5 de la misma Ley 80 de 1993 se entenderán como ineficaces de pleno derecho aquellas estipulaciones</p>

contenidas en el pliego o el contrato que sean contrarias a cualquiera de los literales de dicha norma.

(...)

De la lectura del anterior aparte normativo, este Tribunal puede concluir que la ineficacia de pleno derecho en los contratos estatales operará siempre que existan estipulaciones contractuales o reglas de los pliegos de condiciones que vayan en contra de lo dispuesto por dicho numeral, o cuando se pacten renunciaciones a futuras reclamaciones por la ocurrencia de los hechos previstos en la misma norma. Ahora bien, en cuanto al reconocimiento y aplicación de la figura, el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

Recuérdese que aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia que contravengan las prescripciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pueden ser controladas por el juez del contrato a través de las acciones correspondientes contra los pliegos de condiciones o términos de referencia, o inaplicadas por el juez administrativo por vía de excepción de ilegalidad o por "ineficacia de pleno derecho", sanción esta última prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5o del citado artículo.

Como lo ha dicho la Sala todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de los principios expuestos, son susceptibles de depuración por parte del juez del contrato, e incluso, se repite la ley puede establecer ab initio la sanción que le merezca, como ocurre en los eventos de ineficacia de pleno derecho, en los que no se requiere de decisión judicial y que, en consecuencia, pueda ser inaplicada en el caso concreto.

Adicionalmente, la jurisprudencia administrativa ha sostenido que no solo es procedente la ineficacia de pleno derecho bajo los presupuestos del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993, sino que, además, siempre que el juez del contrato advierta que una determinada cláusula contractual o estipulación del pliego es notoriamente contraria al ordenamiento jurídico o al orden público, en virtud de los principios de buena fe, objetividad e igualdad podrá darlas por no escritas y reconocerlas ineficaces de pleno derecho.

(...)

Con sustento en lo anterior, es preciso anotar que el juez del contrato, en este caso el Tribunal de Arbitramento, tiene la competencia para dar por no escritas o entender como ineficaces de pleno derecho todas aquellas estipulaciones pactadas en el contrato, o que hagan parte del pliego de condiciones, que sean abiertamente contrarias al ordenamiento jurídico y el orden público, además de lo dispuesto en el artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993 y los casos previstos en el derecho común, lo cual implica un análisis profundo y comparativo de lo acordado por las partes contractuales y en aplicación de los principios de igualdad, objetividad, transparencia y buena fe. En consecuencia, procede el

	Tribunal a hacer una exposición de la distribución de riesgos pactados en los Contratos de Concesión.
Problema Jurídico accesorio 3	¿En un contrato de concesión cuáles riesgos debe asumir el concesionario ?
Ratio Decidendi	<p>Así, en concordancia con lo anterior, el contratista debe soportar a su propio costo y riesgo el alea normal de todo negocio, pero no así el alea anormal, cuyas consecuencias deben ser resarcidas o atenuadas, lo que significa que la situación del contratante al finalizar la relación contractual debe ser tal que éste pueda lograr la ganancia razonable que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones normales. En ese marco, a juicio del Tribunal, la asunción de riesgos no puede hacerse sobre aspectos desconocidos o ilimitados, de tal manera que no puede extenderse a todo riesgo susceptible de ocurrir en la ejecución contractual, especialmente a riesgos considerados genéricamente y a riesgos imprevisibles, ni aun existiendo pacto expreso en ese sentido.</p> <p>Como se precisó anteriormente, los riesgos constituyen un elemento de la esencia de la concesión, y en ese sentido son atribuidos al contratista aquellos inherentes a su negocio, es 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, toda vez que una distribución adecuada de éstos es aquella que minimiza el costo de su mitigación, lo cual se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla.</p> <p>(...)</p> <p>Sin embargo, esto no quiere decir que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, no puedan acordar que el contratista asuma riesgos adicionales a aquellos que se encuentran enmarcados dentro del alea normal de los negocios, de tal manera si al momento de contratar éste asumió riesgos que podían presentarse durante la ejecución del contrato, no puede solicitar a la entidad que los asuma, toda vez que el contratista es quien escoge libremente celebrar el contrato.</p> <p>(...)</p> <p>Sin embargo, para este Tribunal es claro que la asunción adicional de riesgos por parte del concesionario no puede ser ilimitada ni puede recaer sobre hechos o circunstancias genéricas, sino que necesariamente debe versar sobre situaciones precisas y con alcances delimitados, pues de otra manera se vulneraría el artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993 que prohíbe incluir en los pliegos de condiciones la inclusión de obligación de extensión ilimitada.</p> <p>(...)</p> <p>En concordancia con lo anterior, para el Tribunal es claro que los riesgos en los contratos estatales pueden ser asumidos por (i) la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos, y/o (ii) por la parte que disponga de mejor acceso a</p>

los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación. En consecuencia, la entidad debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos que el contratista acepta libremente en base a su capacidad de gestión, conocimiento y experiencia para evaluar, controlar y asumir cada riesgo siguiendo las estipulaciones que con sujeción al ordenamiento vigente puedan convenir las partes en orden de efectuar la correspondiente asignación de riesgos en la negociación propia de cada contrato de concesión en particular.

(...)

La descripción de los riesgos hecha en el punto anterior por el Tribunal, revela que las partes, en pleno ejercicio de su autonomía de la voluntad, asumieron diversos riesgos previsibles asociados con el negocio jurídico celebrado, por lo cual, en principio, la misma debería producir plenos efectos en tanto que se deriva del querer voluntario de los sujetos contractuales y, en particular, de los Concesionarios quienes en la respectiva cláusula 112 afirmaron conocer y aceptar la distribución de riesgos estipulada.

No obstante, como ya se expresó por parte del Tribunal de Arbitramento, el ejercicio del poder dispositivo de las partes derivado del ejercicio de la autonomía de la voluntad, tiene unos importantes límites, como los señalados en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993: "la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración". Al respecto, como también se analizó antes, la transgresión de esos límites comporta consecuencias de cara a la validez, parcial o total, del contrato estatal correspondiente en el sentido de que puede dar lugar a la configuración de un nulidad relativa o absoluta -que requiere pronunciamiento y declaración judicial- o, incluso, a la consolidación de una situación de ineficacia de pleno derecho -que ocurre independientemente del pronunciamiento del juez del contrato-.

(...)

Como se puede ver del texto resaltado, las partes pactaron que los Concesionarios asumirían, de una parte, todos los riesgos contractuales -ordinarios o extraordinarios- que no estén expresamente asignados o distribuidos a Transmilenio y, de otra, todos los riesgos contractuales -igualmente ordinarios o extraordinarios- que no hubieran sido nombrados en el Contrato de Concesión pero que existieren.

Para el Tribunal, los apartes resaltados implican que los Concesionarios asumieron riesgos basados en causas específicas inciertas e indefinidas, en tanto que ni en la cláusula 108 ni en ninguna otra del contrato se precisa el contenido fáctico del riesgo asumido, dando lugar con ello a que el contenido de las obligaciones asumidas sea indeterminado y, por lo mismo, que su extensión sea ilimitada.

(...)

En ese orden de ideas, dado que el artículo 24-5 de la Ley 80 de

	<p>1993 prohíbe que se incluyan cláusulas que den lugar a la “formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad”, los apartes resaltados atrás de la cláusula 108 resultan ineficaces de pleno derecho precisamente por transgredir la prohibición contenida en el literal e) del artículo 24-5 mencionado. En efecto, como se expresó, la asunción de riesgos debe operar sobre hechos ciertos y concretos, pues si se hace sobre situaciones indefinidas –lo cual ocurre cuando no se precisa el contenido fáctico del riesgo asumido–, el contenido de la obligación resulta indeterminado y, por lo mismo, su extensión es ilimitada, contraviniendo lo previsto en el artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993.</p> <p>(...)</p> <p>En ese orden de ideas, no es cierto que los Concesionarios: (i) hayan asumidos todos los riesgos que no estuvieran expresamente atribuidos a Transmilenio; (ii) hayan asumido todos los riesgos que no estén explícitamente excluidos de su órbita de responsabilidad, y (iii) haya asumido el riesgo de implantación del Sistema, el cual, en consecuencia, le corresponde a Transmilenio S.A.</p>
Tema principal 1	Las cargas de los proponentes dentro de la etapa precontractual
Tema Principal 2	La competencia oficiosa del Tribunal de Arbitramento para declarar nulidad absoluta del contrato y sus límites.
Tema Principal 3	Incorporación de las Leyes a los contratos
Tema principal 4	El deber de planeación contractual a cargo de las entidades estatales
Tema Accesorio 1	La obligatoriedad de la jurisprudencia
Tema Accesorio 2	Eficacia probatoria del dictámen pericial
Tema Accesorio 3	La ineficacia de pleno derecho
Tema Accesorio 4	Asunción de riesgos en el contrato de concesión.
Tema Accesorio 5	Abuso de la posición dominante
Tema Accesorio 6	Concurrencia de culpas
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Concesión
Subclasificación	Explotación del servicio público de transporte
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público	<p>A través de su concepto, el Procurador 33 Judicial II, Manuel Eduardo Marín Santoyo, se pronunció en los siguientes términos:</p> <p>“El debate aquí planteado se reduce a determinar dos aspectos si Transmilenio incumplió sus deberes como gestor del sistema en el corredor vial Bogotá – Soacha, objeto de los contratos 16 y 17 de 2003, igualmente determinar si la asignación del riesgo de implementación del sistema a los concesionarios implica que la cláusula pertinente sea abusiva o vejatoria, por tanto de ser así, deba indemnizarse a las partes convocantes.</p> <p>(...)</p>

	<p>Con base en las pruebas allegadas al expediente, las normas legales relacionadas, la jurisprudencia junto con los antecedentes arbitrales y el análisis de este ministerio público, permite llegar a las siguientes conclusiones:</p> <p>1° No hubo incumplimiento probado de las funciones generales de planeación y gestión del sistema de Transmilenio para el corredor vial Bogotá – Soacha.</p> <p>2° No se aportan pruebas concretas que desvirtúen la legalidad y la pertinencia de las cláusulas relacionadas con el traslado del riesgo de implantación del sistema a los Concesionarios, quienes manifestaron su aceptación al firmar los contratos y sus modificaciones sin hacer ningún comentario en contra, salvo en este proceso arbitral.</p> <p>3° No hay prueba concreta del daño causado, ni los peritajes arrojan conclusiones que den certeza sobre los posibles perjuicios.</p> <p>Por lo expuesto el Ministerio Público conceptúa que no deben prosperar las pretensiones de la demanda.</p>
VI. FUENTES RELEVANTES	
<p>Normativas</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Artículo 206, 211, 226, 227, 241, 242, 361, 365 del Código General del Proceso. 2. Ley 86 de 1989 3. Artículo 1, 2 de la Ley 310 de 1996 4. Ley 396 de 1996 5. Artículo 11 literal c de la Ley 105 de 1993 6. Decreto 3109 de 1997 7. Decreto 1421 de 1993 8. Resolución No. 151 del 6 de septiembre de 2002 9. Artículo 169 del Acuerdo Municipal No. 46 del 2000 10. Resolución No. 019 del 3 de febrero de 2003 11. Artículo 13, 23, 24, 25, 26, 28, 30,32, 39, 40, 41, 45, 75 de la Ley 80 de 1993 12. Artículo 38 de la Ley 153 de 1887 13. Artículo 83, 230 de la Constitución Política de 1991 14. Artículo 1535, 1603, 1742, 2230, 2357 del Código Civil 15. Artículo 830, 871 del Código de Comercio 16. Proyecto de Ley 112 de 1994 del Senado de la República 17. Proyecto de Ley 043 de 1995 de la Cámara de Representantes 18. Artículo 89 de la Ley 336 de 1996 19. Artículo 1, 2, 3, 13, 15, 16 del Decreto Distrital No. 831 de 1999 20. Artículo 17, 18, 32 del Acuerdo Distrital No. 006 de 1998 21. Artículo 2,3 del Acuerdo Distrital No. 004 de 1999 22. Artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998

	<p>23. Artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo</p> <p>24. Artículo 116 de la Ley 446 de 1998</p> <p>25. Artículo 4 de la Ley 1563 de 2012</p> <p>26. Artículo 10 , 187, 270, del CPACA</p> <p>27. Ley 1150 de 2007</p>
<p>Jurisprudencia Judicial</p>	<p>1. SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LAS LEYES EN LOS CONTRATOS:</p> <p>1.1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de mayo de 2000, expediente 5.427. El resaltado es del Tribunal.</p> <p>1.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 41001-23-31-000-1994-07682-01(20461).</p> <p>1.3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de diciembre de 2011, expediente 11001-3103-005- 2000-01474-01.</p> <p>2. SOBRE LA RENUNCIA A HECHOS FUTUROS:</p> <p>2.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia sin fecha de 2016, expediente 25000-23-26-2012-00233-01 (52161).</p> <p>3. SOBRE EL AGOTAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN:</p> <p>3.1. Consejo de Estado, Sección Primera, auto de 20 de febrero de 2014, expediente 15001-23-33-000-2013-00149-02(AP).</p> <p>4. SOBRE EL DEBER DE PLANEACIÓN:</p> <p>4.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2016, expediente 36.312A.</p> <p>4.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 14.854.</p> <p>4.3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, expediente 16.130.</p> <p>4.4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27.315.</p> <p>4.5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,</p>

Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2016, expediente 36.312A.

5. SOBRE LAS CARGAS DEL PROPONENTE FRENTE AL DURANTE LA ETAPA PRECONTRACTUAL:

- 5.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27.315.
- 5.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de agosto de 2014, expediente 11001-03-15-000-2013-01919 (AC).
- 5.3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 1o de abril de 2016, expediente 41.217.
- 5.4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 28 de enero de 2016, expediente 34.454.

6. SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN A LOS DEBERES Y CARGAS DE PLANEACIÓN:

- 6.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 10 de diciembre de 2015, expediente 51.489.
- 6.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de septiembre de 2016, expediente 51.341
- 6.3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de abril de 2016, expediente 46.297.
- 6.4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 10 de diciembre de 2015, expediente 51.489.

7. SOBRE LA COMPETENCIA DEL JUEZ PARA DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO:

- 7.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2012, expediente 26.140.
- 7.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de abril de 2012, expediente 27.315.
- 7.3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Sección Tercera, sentencia de 9 de julio de 2014, expediente 35.130.

7.4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de agosto de 2006, expediente 31.354

7.5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 14 de agosto de 2003, expediente 24.344.

7.6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de febrero de 2013, expediente 24.612.

8. SOBRE LOS LÍMITES PARA DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO ESTATAL:

8.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2012, expediente 26.140.

8.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 18 de abril de 2016, expediente 34.648.

8.3. Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998.

8.4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de julio de 2009, expediente 15.004.

8.5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto de 31 de agosto de 2015, expediente 54.014.

9. SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA:

9.1. Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011.

9.2. Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2011.

10. SOBRE LA VIOLACIÓN AL DEBER DE PLANEACIÓN COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ENTIDAD:

10.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de septiembre de 2016, expediente 51.341.

10.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de agosto de 2014, expediente 11001-03-15-000-2013-

01919 (AC).

- 10.3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2013, expediente 23.829.
- 10.4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 14.287
- 10.5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2012, expediente 18.446.
- 10.6. Corte Constitucional, sentencia C-300 de 2012.

11. SOBRE LA EFICACIA PROBATORIA DEL DICTÁMEN PERICIAL:

- 11.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de marzo de 2012, expediente 23.778.

12. SOBRE LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO:

- 12.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 1o de abril de 2016, expediente 51.138.
- 12.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 24 de junio de 2004, expediente 15.235.
- 12.3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, expediente 16.503
- 12.4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2008, Expediente: 15963.

13. SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO:

- 13.1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de octubre de 1995, expediente 4701.
- 13.2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de septiembre de 2010, expediente 11001-3103-027 2005-00590-01.

14. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO:

	<p>14.1. Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2013. 14.2. Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2013.</p> <p>15. CONCURRENCIA DE CULPAS:</p> <p>15.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, expediente 15.024 15.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 22.043.</p> <p>16. SOBRE LA MORA:</p> <p>16.1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de septiembre de 1984. 16.2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 10 de junio de 1995, expediente 16.3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002, expediente 13.792. 16.4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de junio de 2004, expediente 15.235.</p>
<p>Jurisprudencia Arbitral</p>	<p>1. SOBRE LA ASUNCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN:</p> <p>1.1. Tribunal de Arbitramento de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. –CABG contra Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura –ANI). Laudo arbitral de 13 de enero de 2016. 1.2. Tribunal de Arbitramento de Recaudos SIT S.A. contra Transmetro S.A.S. Laudo arbitral de 22 de julio de 2015, con cita de RODRIGO ESCOBAR GIL. Teoría general de lo contratos de la administración pública, Bogotá, Legis, 1999 1.3. Tribunal de Arbitramento de Grupo Empresarial Metrocaribe S.A. contra Transmetro S.A.S. Laudo arbitral de 30 de junio de 2015. 1.4. Tribunal de Arbitramento Consorcio Cosacol - Confurca contra Transoriente S.A. – ESP, Laudo de 18 de junio de</p>

	<p>2014.</p> <p>2. SOBRE LA CONCURRENCIA DE CULPAS:</p> <p>2.1. Tribunal de Arbitramento de Leasing Mundial S.A. contra Fiduciaria FES S.A. Laudo Arbitral de 26 de agosto de 1997.</p> <p>3. SOBRE LA MORA:</p> <p>3.1. Tribunal de Arbitramento de Proactiva Doña Juana E.S.P. S.A. contra Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, Laudo de 15 de noviembre de 2012.</p> <p>3.2. Tribunal de Arbitramento de Estaciones Metrolínea Ltda. contra Metrolínea S.A. Laudo de 18 de febrero de 2016.</p>						
VII. DURACIÓN DEL PROCESO							
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda	<ol style="list-style-type: none"> 1. Presentación de la demanda: 3 de marzo de 2015 2. Fecha del laudo: 21 de diciembre de 2016 3. 659 días 						
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite	<ol style="list-style-type: none"> 1. Primera audiencia de trámite: 21 de septiembre de 2015 2. 457 días 						
Suspensiones solicitadas por las partes	(6) Para un total de 116 días de suspensión.						
Suspensiones por causa legales	(0) No se registraron suspensiones por causas legales.						
VIII. DECISUM							
<p>Respuesta al problema planteado: Decisión unánime: <u>NO</u> Salvamento de voto: <u>SI</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal: <u>NO</u> Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal: <u>SI</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvenición: <u>NO APLICA</u> Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvenición: <u>NO APLICA</u></p>	<p style="text-align: center;"><u>PRETENSIONES DEMANDA PRINCIPAL</u></p> <table border="1"> <thead> <tr> <th style="text-align: center;"><u>PRETENSIONES</u></th> <th style="text-align: center;"><u>DECISIÓN</u></th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>PRIMERA: “Declarar que dentro de la Licitación Pública No. 007 de 2002, por la cual se adjudicó la Fase II del Sistema TRANSMILENIO, se encontraba incluida la operación del Corredor Vial Bogotá – Soacha”.</td> <td style="text-align: center;">PROSPERA</td> </tr> <tr> <td>SEGUNDA: “Declarar la existencia de los Contratos de Concesión No. 16 y 17 de 2003</td> <td style="text-align: center;">PROSPERA</td> </tr> </tbody> </table>	<u>PRETENSIONES</u>	<u>DECISIÓN</u>	PRIMERA: “Declarar que dentro de la Licitación Pública No. 007 de 2002, por la cual se adjudicó la Fase II del Sistema TRANSMILENIO, se encontraba incluida la operación del Corredor Vial Bogotá – Soacha”.	PROSPERA	SEGUNDA: “Declarar la existencia de los Contratos de Concesión No. 16 y 17 de 2003	PROSPERA
<u>PRETENSIONES</u>	<u>DECISIÓN</u>						
PRIMERA: “Declarar que dentro de la Licitación Pública No. 007 de 2002, por la cual se adjudicó la Fase II del Sistema TRANSMILENIO, se encontraba incluida la operación del Corredor Vial Bogotá – Soacha”.	PROSPERA						
SEGUNDA: “Declarar la existencia de los Contratos de Concesión No. 16 y 17 de 2003	PROSPERA						

	<p>celebrados entre TRANSMILENIO S.A. con TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A., respectivamente, los cuales se encuentran en ejecución a la fecha de presentación de la demanda y que para las pretensiones subsiguientes de denominarán como los “Contratos de Concesión”.</p>	
	<p>TERCERA: “Declarar que corresponde a TRANSMILENIO S.A. la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público, masivo, urbano, de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia”.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>CUARTA: “Declarar que TRANSMILENIO S.A. es el titular del Sistema TRANSMILENIO, el cual se encuentra integrado, entre otros, por la combinación organizada de infraestructura, predios, equipos, señales, paraderos, estaciones utilizadas para la eficiente y continua prestación del servicio público esencial de transporte masivo de personas”.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>QUINTA: “Declarar que de acuerdo con los numerales 10.3.2. del Título 10- de la Parte I de los “Contratos de Concesión”, TRANSMILENIO S.A. “gestiona, bajo la coordinación de la Alcaldía Mayor, la ejecución de la infraestructura y la expedición de actos administrativos que faciliten la implantación del sistema”.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>SEXTA: “Declarar que con ocasión de la celebración de los antedichos contratos, TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A. adquirieron a su cargo contraprestaciones específicas relativas al aseo y</p>	<p>PROSPERA</p>

	vigilancia de las estaciones que componen la infraestructura de la Fase II".	
	SÉPTIMA: "Declarar que TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A. cumplieron con la obligación de que trata el numeral anterior".	PROSPERA
	OCTAVA: "Declarar que TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A. vincularon empresas transportadores, propietarios y vehículos del Transporte Público Colectivo (TPC) del municipio de Soacha (Cundinamarca) tanto a su propuesta, como a la ejecución de los Contratos de Concesión para surtir el procedimiento de reposición de flota".	PROSPERA
	NOVENA: "Declarar que con ocasión de la celebración y ejecución de los antedichos contratos, TRANSMILENIO S.A. está obligado a la gestión, organización planeación y control del Sistema TRANSMILENIO y la expedición de actos administrativos necesarios para la implantación del Sistema TRANSMILENIO".	PROSPERA
	DÉCIMA: "Declarar que TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones y cargas de orden legal y contractual"	PROSPERA
	UNDÉCIMA: "Declarar que TRANSMILENIO S.A. incumplió sus deberes de gestión, organización, planeación y control del Sistema TRANSMILENIO, en la gestión y seguimiento de la ejecución de la infraestructura y la realización de las actuaciones necesarias para la implantación del Sistema TRANSMILENIO, al entregar de forma tardía la infraestructura que corresponde al Corredor Vial	PROSPERA

	Bogotá – Soacha y todas las demás gestiones asociadas al cumplimiento de dichos deberes, tanto por acción como por omisión”.	
	DÉCIMO SEGUNDA: “Declarar que TRANSMILENIO S.A. incumplió su deber de planeación en las etapas precontractual y contractual de los Contratos de Concesión”.	PROSPERA
	<p>DÉCIMO TERCERA: “Declarar la nulidad absoluta parcial de la siguiente cláusula de los Contratos de Concesión, en los apartes que se subrayan, así:</p> <p>“Cláusula 108 DISTRIBUCION DE RIESGOS DEL CONTRATO</p> <p><i>Para todos los efectos legales, se entenderán incluidos dentro de los riesgos propios del negocio del CONCESIONARIO <u>todos aquellos que no estén expresamente asignados a TRANSMILENIO S.A.</u> También le corresponden los riesgos que no estén explícitamente excluidos de la órbita de responsabilidad del CONCESIONARIO según las cláusulas del presente contrato.” (destacado por fuera del original).</i></p> <p><i>Subsidiaria de la pretensión anterior: Declarar que TRANSMILENIO S.A. incumplió su deber de buena fe y la prohibición de abuso de su posición contractual dominante respecto de las facultades que se reservó en las cláusulas 108 de los Contratos de Concesión”.</i></p>	NO PROSPERA
	<p>DÉCIMO CUARTA: “Declarar la nulidad absoluta parcial de la siguiente cláusula de los Contratos de Concesión, en los apartes que se subrayan, así:</p> <p>“Cláusula 109 RIESGOS DEL</p>	NO PROSPERA

**CONTRATO ATRIBUIDOS AL
CONCESIONARIO**

El CONCESIONARIO asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión, y será responsable frente a TRANSMILENIO S.A., como una obligación de resultado, por la regularidad y el cumplimiento de las condiciones requeridas para la Operación Troncal del Sistema TransMilenio, asumiendo, por lo tanto, los costos, gastos y medios que se requieran a dicho efecto.

Mediante el presente contrato, el CONCESIONARIO asume expresamente los riesgos propios de la actividad económica de transporte masivo de pasajeros del Sistema TransMilenio, derivados de la explotación económica del servicio público de transporte y de los medios que utilice dentro del Sistema TransMilenio.

*Entre los riesgos asumidos totalmente por el CONCESIONARIO, como riesgos propios del giro de los negocios y que asumirá por la suscripción del presente Contrato de Concesión se encuentran los siguientes: el riesgo ambiental, el de demanda, el de operación, el financiero, el de financiabilidad, el de retorno de su inversión, **el de implantación del Sistema,** el riesgo regulatorio, el tributario y el riesgo político” (destacado por fuera del original).*

Subsidiaria de la pretensión anterior: Declarar que TRANSMILENIO S.A. incumplió su deber de buena fe y la prohibición de abuso de su posición contractual dominante respecto de las facultades previstas en las cláusulas 109

	<p>de los Contratos de Concesión”.</p>	
	<p>DÉCIMO QUINTA: “Declarar que TRANSMILENIO S.A. incumplió su deber de buena fe y la prohibición de abuso de su posición contractual dominante respecto de las facultades previstas en las cláusulas 105 de los Contratos de Concesión”.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>DÉCIMO SEXTA: Declarar la nulidad absoluta parcial del anexo No. 6 “Cronograma Tentativo de Implantación” de los Contratos de Concesión, en los apartes subrayados: (...) <u>No obstante lo anterior, el presente cronograma no generará ninguna obligación de TRANSMILENIO S.A. frente al CONCESIONARIO en las fechas de implantación.</u> <u>En todo caso el CONCESIONARIO declara conocida esta situación y renuncia con la suscripción de la minuta del contrato contenida en la PROFROMA 12 del presente Pliego a cualquier reclamación derivada de la modificación del cronograma tentativo.”</u></p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMO SEXTA: Declarar que TRANSMILENIO S.A. incumplió su deber de buena fe y la prohibición de abuso de su posición contractual dominante respecto de las facultades que se reservó en los Anexos 6 de los Contratos de Concesión”</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>DÉCIMO SÉPTIMA: “Condenar a TRANSMILENIO S.A. a indemnizar a TRANSMASIVO S.A. y a SOMOS K S.A. los perjuicios generados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, de todo orden, así como el pago de las demás compensaciones legales aplicables”.</p>	<p>PROSPERA</p>						
	<p>DÉCIMO OCTAVA: “Condenar a TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSMASIVO S.A. y a SOMOS K S.A. las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos del Tribunal”.</p>	<p>NO PROSPERA</p>						
	<p>DÉCIMO NOVENA: “Condenar a TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSMASIVO S.A. y a SOMOS K S.A. intereses moratorios a la máxima tasa legal aplicable, o la que ordene el Tribunal, desde la ejecutoria del Laudo Arbitral hasta que se verifique el pago total de la obligación”.</p>	<p>NO PROSPERA</p>						
<p>EXCEPCIONES</p>	<p><u>EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA DEMANDA PRINCIPAL</u></p>							
	<table border="1"> <thead> <tr> <th data-bbox="683 1268 1219 1304">EXCEPCIÓN</th> <th data-bbox="1219 1268 1479 1304">DECISIÓN</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="683 1304 1219 1822"> <p>PRIMERA: EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO de los CONTRATOS No. 016 Y 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO , SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A. y de IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR FLOTA ADICIONAL A DICHOS OPERADORES POR PROHIBICIÓN EXPRESA DEL CONTRATO Y DE LA LEY.</p> </td> <td data-bbox="1219 1304 1479 1822"> <p>NO PROSPERA</p> </td> </tr> <tr> <td data-bbox="683 1822 1219 1877"> <p>SEGUNDA: EXCEPCIÓN DE</p> </td> <td data-bbox="1219 1822 1479 1877"></td> </tr> </tbody> </table>		EXCEPCIÓN	DECISIÓN	<p>PRIMERA: EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO de los CONTRATOS No. 016 Y 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO , SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A. y de IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR FLOTA ADICIONAL A DICHOS OPERADORES POR PROHIBICIÓN EXPRESA DEL CONTRATO Y DE LA LEY.</p>	<p>NO PROSPERA</p>	<p>SEGUNDA: EXCEPCIÓN DE</p>	
EXCEPCIÓN	DECISIÓN							
<p>PRIMERA: EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO de los CONTRATOS No. 016 Y 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO , SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A. y de IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR FLOTA ADICIONAL A DICHOS OPERADORES POR PROHIBICIÓN EXPRESA DEL CONTRATO Y DE LA LEY.</p>	<p>NO PROSPERA</p>							
<p>SEGUNDA: EXCEPCIÓN DE</p>								

	<p>CUMPLIMIENTO de TRANSMILENIO S.A. COMO ENTE GESTOR DEL SISTEMA TRANSMILENIO Y EN PARTICULAR DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL PACTADA EN LA CLÁUSULA 12.1 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, EN ADELANTAR LAS ACTIVIDADES DE PLANEACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL PARA QUE EL CONCESIONARIO DESARROLLARA DE MANERA EFECTIVA Y ÓPTIMA LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE QUE LE FUE ENCOMENDADA EN VIRTUD DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN NO. 016 Y 017 DE 2003 Y SE LE PERMITIERA CORRELATIVAMENTE EJERCER LOS DERECHOS QUE COMO CONCESIONARIOS SE DERIVABAN DE SU CONTRATO.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TERCERA: EXCEPCIÓN DE IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN CONTRA DE TRANSMILENIO S.A. POR SER EL RIESGO DE IMPLANTACION DEL SISTEMA TRANSMILENIO y el de la DEMANDA, DEL EXCLUSIVO RESORTE Y RESPONSABILIDAD DE LOS CONCESIONARIOS TRANSMASIVO S.A. Y SOMOS K S.A.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>CUARTA: IMPOSIBILIDAD DE CONDENAR A TRANSMILENIO S.A. CON FUNDAMENTO EN EL PRETENDIDO INCUMPLIMIENTO DE UN CRONOGRAMA TENTATIVO DE IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA- DICHO DOCUMENTO NO OBLIGABA AL ENTE GESTOR- LOS CONCESIONARIOS ERAN RESPONSABLES DE ELABORAR SUS SENDAS PROPUESTAS CON FUNDAMENTO EN SUS PROPIOS ESTUDIOS, DISEÑOS Y CONCLUSIONES.</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>QUINTA: LA TIPIFICACION DE RIESGOS CONTRACTUALES Y SU ASIGNACION EN LOS CONTRATOS No. 016 Y 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO , SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A. ES LEGITIMA Y NO PUEDE CONSTIUTIR EN MANERA ALGUNA CLAUSULAS ABUSIVAS O VEJATORIAS.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>SEXTA: LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO NO TIENEN COMPETENCIA PARA MODIFICAR EL CONTRATO ESTATAL, SOPRETEXTO DE UNA DECLARATORIA PARCIAL DE INVALIDEZ DE UNA O ALGUNAS DE SUS CLAUSULAS- ESTA FACULTAD MODIFICATORIA ESTA RESERVADA A LAS PARTES CONTRATANTES.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>SÉPTIMA: IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD PARCIAL DE LAS CLAUSULAS QUE ESTABLECIERON EL RIESGO DE IMPLANTACION, PUES ELLO CONLLEVA LA NULIDAD DE TODO EL CONTRATO LO QUE HACE UN IMPOSIBLE JURIDICO ACCEDER AL PETITUM DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
<p>Valor de la decisión</p>	<p>Condena a Transmilenio S.A.: \$52.372.725.333</p>	
<p>Valor de las costas y agencias en derecho</p>	<p>\$0</p>	
<p>Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)</p>	<p>NINGUNA</p>	
<p>IX. EVENTUALES</p>		
<p>Recurso de Anulación</p>	<p>NO</p>	
<p>Recurso de Revisión</p>	<p>NO</p>	
<p>Acción de Tutela</p>	<p>NO</p>	

Conciliación total	NO
Conciliación parcial	NO

**NOTA: El presente laudo no contiene el salvamento de voto que refiere en su parte resolutive, propuesto por la doctora CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ.

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES

I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S.; PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. Y CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2.010 VS MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
Convocante	<ul style="list-style-type: none"> • INTEGRANTES DEL CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2.010: • INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S • PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.
Nacionalidad del convocante	Colombianos
Naturaleza del Convocante	<ul style="list-style-type: none"> • INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S: Persona Jurídica – Sociedad por Acciones Simplificada. • PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.: Persona Jurídica – Sociedad por Acciones Simplificada.
Sector de Actividad Económica	Nacional
Convocado	MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
Nacionalidad del convocado	Colombiano
Naturaleza del Convocado	Entidad territorial
Subsector del sector público	No aplica
Ciudad y fecha del laudo	Santiago de Cali, 3 de febrero de 2017,
Centro de arbitraje	Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Santiago de Cali
Árbitros	Fernando Pabón Santander
	Juan Carlos Henao Pérez
	Enrique de Jesús Gil Botero
Secretaria	María del Pilar Ramírez Arizabaleta
Se presentó demanda de reconvencción	NO
Cuantía de la demanda principal	No determinado
Cuantía de la demanda de reconvencción	No aplica
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO	
	<p>ANTECEDENTES:</p> <p>A través de la Resolución No. 411.0.21.0001 del 25 de enero de 2010, el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI (en adelante, el Municipio) ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 4151-LP-09-2009 con el fin de “Contratar tres concesionarios para la financiación, ajustes y/o realización completa y suficiente de los diseños que se requieran, gestión social, predial y ambiental, construcción, conservación y transferencia de obras de infraestructura, espacio público y recuperación de la malla vial arterial y local para la movilidad para el Municipio de Santiago de Cali en tres zonas que corresponden a igual número de Grupos de Concesión de obras de malla vial divididas así según la zona en la que se encuentran: Sur – grupo de Concesión 1 , Centro Oriente – grupo de concesión 2 y Norte – Grupo de Concesión 3.”</p> <p>Surtidos los trámites legales, fue adjudicado el Contrato de Concesión</p>

del Grupo 2 de la Licitación Pública 4151-LP-09-2009 al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 integrado por las sociedades PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. e INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S. (en adelante, el Consorcio, el Contratista o el Concesionario).

En consecuencia, el día 20 de mayo de 2010, el Municipio y el Consorcio celebraron el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 que tuvo por objeto el *“otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, realice por su cuenta y riesgo la Financiación, Ajustes y/o realización completa y suficiente de los Diseños que se requieran, Gestión Social, predial y ambiental, construcción, conservación y transferencia de obras de infraestructura, espacio público y recuperación de la Malla Vial Arterial y Local para la movilidad del Grupo 2 para el Municipio de Santiago de Cali”*, así como la ejecución de las obras para redes necesarias para el traslado modificación, reparación reposición y extensión de las redes y/o accesorios de servicios públicos domiciliarios” (En adelante el contrato).

En cumplimiento de lo estipulado en la cláusula 18 del contrato, el 16 de junio de 2010, se suscribió con la Fiducia de Occidente S.A. el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración, fuente de pago y pagos para la administración de los recursos derivados del Contrato.

De acuerdo con la cláusula 5 del mismo, relativa al alcance y desarrollo del objeto, el contrato se encontraba dividido en 4 etapas:

1. Etapa de actividad preliminar: que tenía una duración de 30 días calendario, contados desde la fecha de suscripción del contrato hasta la fecha de suscripción del acta de inicio-Etapa de pre-construcción.
2. Etapa de pre-construcción: que tenía una duración de 4 meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio – etapa de pre-construcción hasta la fecha de suscripción del acta de la etapa de construcción.
3. Etapa de construcción: que tenía una duración de 18 meses calendario, contados desde la fecha de la firma del acta de iniciación de la etapa de construcción hasta la fecha de suscripción del acta de finalización de la etapa de construcción.
4. Etapa de conservación o repago: Que tenía una duración de 24 meses contados desde la fecha de suscripción del acta de finalización de la etapa de construcción hasta la fecha de suscripción del acta de recibo final.

El Consorcio atendió y dio cumplimiento a las obligaciones de la Etapa de Actividad preliminar, por lo que el día 21 de junio de 2010 se suscribió el Acta de inicio – etapa de pre construcción del contrato.

Las obligaciones de la Etapa de pre construcción fueron igualmente cumplidas a satisfacción por parte del Consorcio, por lo que el día 21 de octubre de 2010 se suscribió el Acta de iniciación de la Etapa de Construcción.

Posteriormente, se suscribió el Otrosí No. 1, se adicionó el valor del contrato mediante Contrato de Adición, se suscribió el Acta de Acuerdo

del contrato de concesión en la que se agregaron mayores cantidades de obras de redes no previstas en el objeto inicial del contrato, se celebró el Otrosí No. 2, 3, 4 y se cumplieron a satisfacción las obligaciones correspondientes a la etapa de construcción, razón por la cual se suscribió el acta de finalización el 23 de abril de 2012.

El 30 de julio de 2012 se suscribió el Otrosí No. 5 en el que se redefinió el alcance del proyecto y el 14 de agosto de 2012, el Municipio recibió a satisfacción las obras de construcción y redes.

De manera subsiguiente se suscribió el Contrato de Adición No. 2 y 3, el Otrosí No. 6, 7 y 8, el Otrosí al contrato de Adición No. 3 y el Acta de recibo final de las obras con la que se cierra la etapa de conservación, la cual da cuenta del cumplimiento de todas las obligaciones a cargo del contratista.

El 15 de septiembre de 2014 fue la fecha efectiva de terminación del contrato.

EL CASO:

El municipio ha incurrido en mora en el pago de la totalidad de las facturas que presentó el Contratista por concepto de remuneración correspondiente a la ejecución de las obras de redes. Así ha sucedido con el pago tanto de las facturas de las obras de redes originalmente contratadas, como de aquellas a través de las cuales se cobraban las obras adicionales de redes que posteriormente se contrataron por medio del Acta de Acuerdo de septiembre de 2010. Los Otrosíes números 2 y 6 al Contrato y el Otrosí al Contrato de Adición No. 3. Incluso, a la fecha de presentación de la reforma de la demanda, varias de las facturas que vienen de mencionarse aún se encuentran pendientes de pago, como se encuentran también pendientes de pago, parte de los intereses de mora correspondientes.

Ninguna de las facturas que presentó el Contratista por concepto de las obras de redes ejecutadas y por concepto de los intereses remuneratorios y moratorios que generaron las mismas, fueron rechazadas en su contenido por el municipio.

El municipio abonó la suma de \$9.869.350.451 a los intereses remuneratorios y moratorios causados sobre las facturas presentadas por concepto de las obras para redes, quedando pendiente por pagar al 21 de agosto de 2015 la suma de \$12.149.314.114 por concepto de capital de las obras de redes facturadas y la suma de \$1.577.254.681, por concepto de los intereses de mora generados hasta la fecha.

El contratista ha requerido al Municipio el pago tanto de las facturas de obras para redes pendientes de cancelación como el de los intereses remuneratorios y/o moratorios debidos por concepto de la mora en el pago de las obras para redes y de la remuneración principal durante las etapas de construcción y conservación mediante múltiples comunicaciones y facturas cobrando dichos conceptos.

Sobre el particular, el Convocado negó la totalidad de los hechos que refieren al incumplimiento en los pagos, reiterando que nunca incurrió en la mora que se le atribuye y que el municipio realizó los pagos de

	<p>manera constante a lo largo de la ejecución del contrato.</p> <p>A su parecer, la controversia gira en torno al supuesto incumplimiento del contrato de concesión por la hipotética falta de pago de facturas las cuales no contienen firmas de aceptación de obligaciones, ni la manifestación de compromiso de pago por parte del Municipio y que en la medida en que los documentos base de las reclamaciones no tienen la constancia de recibo, firmada por el municipio ni por sus funcionarios, como constancia de su aceptación expresa, es evidente que no provienen del municipio y en consecuencia, no constituyen prueba alguna en su contra.</p>
<p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS</p>	
<p>Problema jurídico principal 1</p>	<p>¿En un contrato estatal, la entidad debe reconocer intereses moratorios aun cuando estos no se han pactado en ningún documento contractual?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>Hoy en día, a diferencia de lo que ocurría décadas atrás, no cabe duda de que en los contratos estatales, ante el incumplimiento de la obligación de pagar una suma de dinero, la administración pública está obligada a cancelar al contratista los perjuicios que se deriven de su retardo, deber que fue consagrado expresamente en el numeral 8° del artículo 4° de la ley 80 de 1993 y que obedece a los principios de buena fe, reciprocidad y conmutatividad, que gobiernan todos los contratos sinalagmáticos. Sin embargo, aunque ya no existe manto de duda sobre este aspecto, fue necesario recorrer un largo camino antes de que llegara a admitirse, primero por vía jurisprudencial, y luego por vía legislativa, que en los contratos celebrados per el Estado es posible pactar intereses moratorios y que además su pago y reconocimiento es una obligación de la entidad y un derecho del contratista, en aras de preservar el equilibrio económico del contrato.</p> <p>(...)</p> <p>Es que si la administración recibe un beneficio como consecuencia de la celebración del contrato y su ejecución -que no es otro que la satisfacción de los servicios y necesidades públicas-, lo lógico es que también esté obligada a resarcir los perjuicios que le ocasione al contratista con su comportamiento moroso, toda vez que el mismo afecta su situación financiera, pues como bien lo ha señalado la Sección Tercera, <i>"el espíritu de la ley 80/93 conduce a tener a los contratistas como colaboradores de la Administración y a exigir un tratamiento recíproco e igualitario y acorde con la función y fines del Estado y de los contratistas"</i>, lo contrario sería aceptar que la entidad pública puede obtener algún provecho de su retardo, cuando lo cierto es que en toda relación contractual, independientemente de si es pública o privada, el acreedor tiene derecho a la indemnización correspondiente por no recibir el dinero que se le adeuda en el plazo pactado. Este derecho surge aun cuando no se hayan pactado intereses moratorios en el contrato o en los pliegos de condiciones, toda vez que es la misma ley la que establece el deber en cabeza de la administración, de resarcir los perjuicios derivados de su conducta, en palabras del Consejo de Estado, <i>"cuando la administración incurre en incumplimiento del oportuno pago de sus obligaciones, genera un</i></p>

perjuicio al particular, independientemente de que en el contrato se haya o no pactado el correspondiente resarcimiento”

Ahora bien, aunque bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983 no había certeza sobre la tasa de interés que debía aplicarse, comoquiera que ese cuerpo normativo nada señaló sobre el tema, hoy bajo la ley 80 de 1993 ese escollo ha sido superado, toda vez que según el numeral 8° del artículo 4° de la misma, la tasa de interés moratorio será, como ya se ha anotado, "la equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado", que se calculará según lo previsto en el artículo 1° del decreto 679 de 1994, que señala:

"Artículo 1°.- De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos".

Conviene precisar que la tasa establecida en la ley 80 se aplica únicamente a falta de estipulación contractual, es decir, que opera de manera subsidiaria, en tanto las partes son libres de fijar la que más se ajuste a las particularidades del negocio celebrado, bien sea la fijada en la normatividad civil, equivalente al 6 % anual de acuerdo con el artículo 1617 del Código Civil, o en la comercial, que según las voces del artículo 884 del Código de Comercio equivale a una y media veces del bancario corriente; incluso pueden fijar una tasa diferente, siempre y cuando no sobrepase los topes establecidos en las normas penales y comerciales. Así se desprende del inciso segundo del numeral 8 del artículo 4°, cuando señala, "en caso de no haberse pactado intereses moratorios ...".

(...)

Como quedó expuesto líneas atrás, las partes estipularon en el contrato realizar obras para redes, que se rigen por las cláusulas contenidas en dicho negocio jurídico original. La remuneración en esa oportunidad se convino pagar mediante la verificación de las cantidades de obra por parte del interventor, que debían consignarse en las Actas mensuales de verificación para efectos de aplicar la fórmula estipulada en la Cláusula 14.1.

La cláusula 14 del Contrato – que regula la remuneración por obras para redes – no contempla un plazo específico para el pago de tales obras.

(...)

Al no tener una regulación especial del plazo para el pago de este primer grupo de obras para redes a las que se refiere la cláusula 10 del contrato, resultan aplicables las normas generales de la mora que disciplina la cláusula 38 ibídem. Expresado en otras palabras, el Municipio debía pagar las facturas correspondientes a dichas obras dentro de los 30 días calendario siguientes a la presentación de tales instrumentos. Vencidos estos 30 días comunes, se causan intereses de

	mora a una tasa del interés bancario corriente más una tercera parte.
Problema jurídico principal 2	¿Al tenor de los artículos 1654 del Código Civil y 881 del Código de Comercio, el deudor podría considerar el capital y los intereses como deudas diferentes y proceder a escoger a cuál de las dos imputa el pago?
Ratio decidendi	<p>De conformidad con las normas citadas, ellas se refieren a la existencia de deudas distintas e independientes, de allí que el deudor sólo tiene la posibilidad de elegir a cuál de las deudas que tiene pendiente imputa los pagos realizados, cuando las mismas son diferentes y no guardan ninguna relación entre sí. Cosa diferente es que un capital que aún no ha sido pagado, produzca intereses de mora, pero en ese caso, no se trata de deudas independientes como lo ha manifestado la convocada, sino de una misma prestación debida, pues los intereses son accesorios al capital, nacen y se causan mientras el pago del capital se encuentre pendiente. En ese orden de ideas, al no tratarse de dos obligaciones diferentes e independientes sino de una sola, vale decir el capital y los intereses, no resultan aplicables al presente asunto los artículos 1554 del Código Civil y 881 del Código de Comercio, en la medida en que dichas normas regulan una situación diferente a la que es materia de este litigio.</p> <p>Por el contrario, como quiera que se trata de una misma deuda que la integran el capital y los intereses, que por lo general – y eso ocurre en este caso – se materializa en una o varias facturas, la regla que debe aplicarse es aquella contenida en el artículo 1653 del Código Civil, que dispone:</p> <p><i>“Artículo 1653. IMPUTACIÓN DEL PAGO A INTERESES. Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute capital. Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen estos pagados.”</i></p> <p>Como puede apreciarse, la norma es clara, al señalar que cuando se debe capital e intereses – como ocurre en el caso bajo examen – el pago se impute primero a intereses. Por consiguiente, en el caso de que se adeuden capital e intereses, no es el deudor quien dispone la imputación del pago como lo sostiene la convocada, sino que la regla legal es nítida en señalar que el pago se imputa en primer lugar a intereses, salvo que el acreedor consienta en imputar a capital.</p>
Problema jurídico accesorio	¿En un contrato estatal cuándo hay lugar a cobrar intereses sobre los intereses?
Ratio decidendi	<p>Conviene recordar que el anatocismo es aquella figura en virtud de la cual, los intereses vencidos producen nuevos intereses. Al respecto cabe señalar que la legislación civil y comercial difieren sobre la posibilidad de percibir intereses sobre intereses. Mientras la primera lo prohíbe por disposición expresa del numeral 3º del artículo 1617 del Código Civil, en el derecho comercial la figura se regula en el artículo 886 del Código de Comercio, que señala:</p>

“Artículo 886. Los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad por lo menos.”

De acuerdo con la norma citada, es posible percibir intereses sobre los intereses vencidos, bien sea como consecuencia de la presentación de la demanda o por convenio entre las partes, luego de que acaezca el vencimiento del plazo para cumplir la obligación. En ambos casos, debe cumplirse un requisito adicional: los intereses deben adeudarse con un año de anterioridad al convenio, o a la presentación de la demanda. Ahora bien, se tiene que la normatividad aplicable al presente caso sería la comercial, con fundamento en los artículos 1, 20, 21 y 22 del Código de Comercio, como quiera que el contratista tiene la calidad de comerciante y se dedica a una actividad definida como comercial por el numeral 15 del artículo 20 del mismo cuerpo normativo. Sin embargo, no hay lugar a conocer intereses sobre los intereses adeudados por las siguientes razones:

Si bien el Municipio incurrió en incumplimiento en el pago de las remuneraciones de obras para redes y de los hitos de las etapas de construcción y conservación, por cuya mora se han generado intereses, antes de proferirse la presente decisión no existía certeza sobre la existencia de la obligación del Municipio de reconocer dichos intereses ni sobre el monto exacto de los mismos, toda vez que, como quedó visto, el Municipio tenía argumentos para oponerse a la existencia de dicha prestación y por otra parte, las partes tenían discrepancias sobre la forma de calcular los intereses y las fechas a partir de las cuales comenzaron a generarse, aspectos que, en buena medida, constituyen el núcleo de la disputa que se define con este laudo

En consecuencia, al no existir certeza plena al momento de presentarse la demanda, sobre la obligación de pagar intereses de mora, ni sobre el monto de tales intereses, estos no pueden generar nuevos réditos, toda vez que sólo pueden derivarse de obligaciones ciertas, expresas y exigibles, y la certeza sobre la obligación referida a los intereses sólo surge con el presente laudo, por lo que en estricto rigor los intereses por la mora de la entidad comenzarán a producir intereses a partir de la ejecutoria de este laudo, y de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 886 del Código de Comercio. El Consejo de Estado ha sido claro al señalar que cuando no hay certeza sobre la existencia de una obligación y la misma es objeto de controversia y definición en la sentencia, sólo producirá intereses a partir de la firmeza del fallo. Así, por ejemplo, en un caso en el que una entidad demandó al contratista por no haberle restituido en el plazo acordado una suma de dinero, y solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre el monto adeudado desde la fecha en que el pago debió realizarse, la Sección Tercera concluyó que, en razón a que sólo en la sentencia se había logrado definir que el contratista estaba obligado a restituirle el dinero a la entidad demandante, únicamente a partir de su ejecutoria podían empezar a generarse intereses de mora:

"Así las cosas, dado que el debate del presente proceso recayó justamente sobre la disyuntiva de las partes en relación con la existencia y la suma del valor a restituir por parte del Consorcio Harold A. Muñoz - CON-OBRAS Ltda., a favor del FONADE, la Sala considera

	<i>que no hay lugar al reconocimiento de intereses de mora en este caso, toda vez que el asunto vino a ser definido en la presente providencia y, par tal razón, la obligación de restituir dichos saldos sólo surge de manera clara, expresa y exigible, a partir de la ejecutoria de la presente providencia.”</i>
Tema principal 1	Características del contrato de concesión de obra pública
Tema principal 2	Diferencia entre un contrato de obra y un contrato de concesión
Tema principal 3	Los intereses moratorios en el contrato estatal
Tema principal 4	La solemnidad de las adiciones en contratación estatal
Tema accesorio	Liquidación del contrato estatal
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Concesión
Subclasificación	Obra pública
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público	A través del concepto presentado por el Procurador 18 Judicial II administrativo, este manifestó que: <i>“sin lugar a dudas en la ejecución contractual que nos motiva, ha existido un evidente y probado incumplimiento de las obligaciones de la entidad territorial, razón por la cual es más que procedente que se le condene al reconocimiento y pago de esos emolumentos económicos que no canceló oportunamente con el reconocimiento de los intereses correspondientes, ello atendiendo las preceptivas y clausulados que entre las partes pactaron al momento del perfeccionamiento del contrato.”</i>
VI. FUENTES RELEVANTES	
Normativas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Artículo 1497, 1498, 1501, 1617, 1653, 1654 del Código Civil 2. Artículo 1, 2, 4, 19, 27, 32, 39, 41, 60 de la Ley 80 de 1993 3. Artículo 82 del Decreto 222 de 1983 4. Artículo 83, 90 de la Constitución Política 5. Artículo 1 del Decreto 679 de 1994 6. Artículo 1, 20, 21, 22, 881, 886 del Código de Comercio.
Jurisprudencia Judicial	<p>1. SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390. 1.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 30 de enero de 2013, Expediente: 20342. 1.3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de noviembre de 2011, Expediente: 11001-3103-005-2000-01474-01. <p>2. SOBRE EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA</p> <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de Julio de 2015, Expediente: 39122. 2.2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 30 de enero de

2013, Expediente: 20342.

- 2.3. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2015, Expediente: 39122.
- 2.4. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 31 de enero de 2008, Expediente 33010.
- 2.5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080.

3. SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN:

- 3.1. Corte Constitucional. Sentencia C – 300 de 2012.
- 3.2. Corte Constitucional. Sentencia C – 250 de 1996
- 3.3. Corte Constitucional. Sentencia C –126 de 1998
- 3.4. Corte Constitucional. Sentencia C –983 de 2010
- 3.5. Corte Constitucional. Sentencia C –300 de 2012.
- 3.6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 27 de marzo de 2014, Expediente: 26939.
- 3.7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 1 de agosto de 2016, Expediente: 29204
- 3.8. Corte Constitucional. Sentencia C – 259 de 1996

4. SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO DE OBRA Y CONCESIÓN:

- 4.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390.

5. SOBRE LOS INTERESES MORATORIOS EN EL CONTRATO ESTATAL:

- 5.1. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de octubre de 2007, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 15.756
- 5.2. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de febrero de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 19.597
- 5.3. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de mayo de 2005, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 13.635.
- 5.4. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 22 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- 5.5. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 10 de agosto de 1987, C.P. Javier Henao Hidrón, Exp. 115.
- 5.6. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 1988, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 4303.
- 5.7. Corte Constitucional. Sentencia C –188 de 1999
- 5.8. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de abril de 2002, C.P. Jesús Marra Carrillo Ballesteros, Exp.12.721.
- 5.9. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de mayo de 2005, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp.13.635. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de febrero de 2002, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 13.238.

6. SOBRE LA SOLEMNIDAD DE LAS ADICIONES A LOS

	<p style="text-align: center;">CONTRATOS ESTATALES:</p> <p>6.1. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de junio de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17.431.</p> <p>7. SOBRE LA IMPUTACIÓN DEL PAGO A INTERESES:</p> <p>7.1. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de agosto de 2006, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 18.269. 7.2. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2002, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 12.721 7.3. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de octubre de 2001, Exp. 12.391. 7.4. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de febrero de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 19.597.</p> <p>8. SOBRE ANATOCISMO:</p> <p>8.1. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de enero de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 34.025. 8.2. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 6 de marzo de 2014, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, Exp. 19.484.</p> <p>9. SOBRE LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL:</p> <p>9.1. Sentencia de 25 de junio de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón (E), Exp. 34.899. 9.2. Sentencia de 16 de diciembre de 2015, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Exp. 29.908. 9.3. Sentencia de 13 de abril de 2016, Exp. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 43.458.</p>
<p>Jurisprudencia Arbitral</p>	<p>1. SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO</p> <p>1.1. Laudo Arbitral del 4 de marzo de 2013. Tribunal de Arbitramento de Consorcio Vial Isla Barú Contra Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias- Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias. Cámara de Comercio de Cartagena, Centro de Arbitraje y Conciliación.</p> <p>2. SOBRE EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA:</p> <p>2.1. Laudo Arbitral del 18 de febrero de 2016. Tribunal de Arbitramento de Estaciones de Metrolínea Ltda. contra Metrolínea S.A. Cámara de Comercio de Bucaramanga, Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición.</p> <p>3. SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN:</p> <p>3.1. Laudo Arbitral del 21 de noviembre de 2006. Tribunal de Arbitramento de Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil Contra Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A. 3.2. Laudo Arbitral del 10 de diciembre de 2014, Transatlántico S.A.</p>

	<p>contra Transmetro S.A.S.</p> <p>4. SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO DE OBRA Y CONCESIÓN:</p> <p>4.1. Laudo Arbitral del 24 de agosto de 2001. Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta - Paraguachón S.A. Contra Invias.</p> <p>4.2. Laudo Arbitral del 10 de diciembre de 2014, Transatlántico S.A. contra Transmetro S.A.S.</p>						
VII. DURACIÓN DEL PROCESO							
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda	<ol style="list-style-type: none"> 1. Presentación de la demanda: 24 de marzo de 2015 2. Laudo arbitral: 3 de febrero de 2017 3. Días: 682 días 						
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite	<ol style="list-style-type: none"> 1. Primera audiencia de trámite: 19 de abril de 2016 2. Días: 290 días 						
Suspensiones solicitadas por las partes	(4) 179 días en total.						
Suspensiones por causa legales	(0) No se registraron suspensiones por causas legales.						
VIII. DECISUM							
<p>Respuesta al problema planteado: Decisión unánime: <u>SI</u> Salvamento de voto: <u>NO</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal: <u>NO</u> Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal: <u>SI</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvenición: <u>No aplica</u> Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvenición: <u>No aplica</u></p>	<p style="text-align: center;"><u>PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LAS OBRAS PARA REDES</u></p> <table border="1"> <thead> <tr> <th style="text-align: center;">PRETENSIONES</th> <th style="text-align: center;">DECISIÓN</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td> PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 Grupo No. 2 (Zona Centro Oriente) suscrito con el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 el día 20 de mayo de 2010, al no pagar en forma completa y oportuna la remuneración correspondiente a la obra ejecutada por concepto de redes, de conformidad con la cláusula 14 del Contrato, el Acta de Acuerdo del 22 de Septiembre de 2011, el Otrosí No. 2 al Contrato, el Otrosí al Contrato de Adición No. 3 del Contrato, el Otrosí No. 6 al Contrato y las Actas Mensuales de Verificación de Redes suscritas entre las partes. </td> <td style="text-align: center;">PROSPERA</td> </tr> <tr> <td> SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el </td> <td style="text-align: center;">PROSPERA</td> </tr> </tbody> </table>	PRETENSIONES	DECISIÓN	PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 Grupo No. 2 (Zona Centro Oriente) suscrito con el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 el día 20 de mayo de 2010, al no pagar en forma completa y oportuna la remuneración correspondiente a la obra ejecutada por concepto de redes, de conformidad con la cláusula 14 del Contrato, el Acta de Acuerdo del 22 de Septiembre de 2011, el Otrosí No. 2 al Contrato, el Otrosí al Contrato de Adición No. 3 del Contrato, el Otrosí No. 6 al Contrato y las Actas Mensuales de Verificación de Redes suscritas entre las partes.	PROSPERA	SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el	PROSPERA
PRETENSIONES	DECISIÓN						
PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 Grupo No. 2 (Zona Centro Oriente) suscrito con el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 el día 20 de mayo de 2010, al no pagar en forma completa y oportuna la remuneración correspondiente a la obra ejecutada por concepto de redes, de conformidad con la cláusula 14 del Contrato, el Acta de Acuerdo del 22 de Septiembre de 2011, el Otrosí No. 2 al Contrato, el Otrosí al Contrato de Adición No. 3 del Contrato, el Otrosí No. 6 al Contrato y las Actas Mensuales de Verificación de Redes suscritas entre las partes.	PROSPERA						
SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el	PROSPERA						

	<p>Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, en particular las cláusulas 7, literal a), y 14, al haber pagado en forma tardía, vulnerando los términos y plazos de pago contractualmente previstos, las facturas presentadas correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 9A, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 (las actas 17 a 24 pagadas sólo parcialmente), el acta de ajustes de las actas 1 a 6 y el acta de estudios y diseños de octubre de 2011.</p>	
	<p>TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, en particular las cláusulas 7, literal a), y 14, al no haber pagado las facturas presentadas correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 (las actas 17 a 24 sólo fueron pagadas parcialmente).</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que las sumas pagadas al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI por concepto de Actas Mensuales de Verificación de Redes, se deben tener como un pago parcial o abono, imputables primero a intereses y luego a capital, acorde con lo establecido por el artículo 1653 del Código Civil.</p>	<p>PROSPERA</p>

	<p>QUINTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración de la primera y/o segunda y/o cuarta pretensiones, se condene al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 o a PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., o a INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S., los saldos de capital y los intereses remuneratorios y moratorios causados, según sea el caso, correspondientes a las facturas presentadas por las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 9A, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 (las actas 17 a 24 pagadas sólo parcialmente), el acta de ajustes de las actas 1 a 6 y el acta de estudios y diseños de octubre de 2011, de conformidad con las cláusulas 14 y 38 del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, el Acta de Acuerdo del 22 de septiembre de 2011 y el Otrosí No.2 al Contrato.</p>	<p>PROSPERA PARCIALMENTE</p>
	<p>SEXTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración de la primera y/o tercera y/o cuarta pretensiones, se condene al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010, o a PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., o a INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S., el valor total de las facturas presentadas por las Aetas Mensuales de Verificación de Redes números 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 y el saldo pendiente de pago de las facturas presentadas por las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24, con adición de los intereses remuneratorios y/o moratorios previstos en las cláusulas 14 y 38 del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, el Acta de Acuerdo del 2 de septiembre de 2011, el Otrosí No. 2 al Contrato, el Otrosí No. 6 al Contrato y el Otrosí al Contrato de</p>	<p>PROSPERA</p>

	Adición No. 3 del Contrato, acorde con lo dispuesto en la ley.	
	SÉPTIMA PRINCIPAL: Que se condene al MUNICIPIO DE CALI al pago de intereses sobre los intereses pendientes, a la máxima tasa de interés prevista legalmente, conforme al artículo 886 del Código de Comercio, en razón a que hay intereses debidos con más de un año de anterioridad a la presentación de esta demanda.	NO PROSPERA
<u>PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN PRINCIPAL EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN</u>		
	PRETENSIONES	DECISIÓN
	OCTAVA PRINCIPAL: Que se declare que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 en particular las cláusulas 7, literal a) y 13, al haber pagado en forma tardía vulnerando los términos y plazos de pago contractualmente previstos, la remuneración principal correspondiente al primer pago y a los hitos números 1,2,3,4 y 5 de la Etapa de Construcción.	PROSPERA
	NOVENA PRINCIPAL: Que se declare que las sumas pagadas por el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI por concepto de la remuneración principal en la etapa de construcción, se deben tener como un pago parcial o abono, imputables primero a interés y luego a capital, acorde con lo establecido por el artículo 1653 del Código Civil.	PROSPERA
	DÉCIMA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración de la octava y/o novena pretensiones, se condene al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 o a PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. o a INDUSTRIAS	PROSPERA

	<p>ASFÁLTICAS S.A.S., los saldos de capital y los intereses moratorios causados, correspondientes al primer pago y a los hitos números 1,2,3,4 y 5 de la remuneración principal en la Etapa de Construcción a la máxima tasa de mora prevista en el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 acorde con lo dispuesto en la Ley.</p>	
	<p>DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL: Que se condene al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI al pago de intereses sobre los intereses pendientes, a la máxima tasa de interés prevista legalmente, conforme al artículo 886 del Código de Comercio, en razón a que hay intereses debidos con más de un año de anterioridad a la presentación de esta demanda.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
<p align="center"><u>PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN PRINCIPAL EN LA ETAPA DE CONSERVACIÓN</u></p>		
	<p>DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el contrato de concesión No. 4151.1.14.26.004-10 en particular las cláusulas 7, literal a) y 13, al haber pagado en forma tardía, vulnerando los términos y plazos de pago contractualmente previstos, la remuneración principal correspondiente a los pagos trimestrales números 1,2,3,4,5,6,7 y 8 de la Etapa de Conservación.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que las sumas pagadas por el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI por concepto de la remuneración principal en la Etapa de Conservación, se deben tener como un pago parcial o abono, imputables primero a intereses y luego a capital acorde con lo establecido por el artículo</p>	<p>PROSPERA</p>

	1653 del Código Civil.	
	<p>DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración de la décima segunda y/o décima tercera pretensiones, se condene al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010, o a PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. o a INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S., los saldos de capital y los intereses moratorios causados, correspondientes a los pagos trimestrales números 1,2,3,4,5,6,7 y 8 de la remuneración principal en la Etapa de Conservación a la máxima tasa de mora prevista en el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 acorde con lo dispuesto en la Ley.</p>	PROSPERA
	<p>DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL: Que se condene al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI al pago de intereses sobre los intereses pendientes, a la máxima tasa de interés prevista legalmente, conforme al artículo 886 del Código de Comercio, en razón a que hay intereses debidos con más de un año de anterioridad a la presentación de esta demanda.</p>	NO PROSPERA
<u>PRETENSIONES COMUNES</u>		
	<p>PRETENSIONES</p> <p>PRIMERA SUBSIDIARIA DE LAS PRETENSIONES PRIMERA A DÉCIMA QUINTA PRINCIPALES: En forma subsidiaria a las anteriores pretensiones primera a décima quinta principales, solicito que se declare que la falta de pago de varias de las Actas Mensuales de Verificación de Redes, así como la mora en el pago de las restantes Actas Mensuales de Verificación de Redes y de la remuneración principal durante las Etapas de Construcción y de Conservación, rompieron el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 Grupo No. 2</p>	<p>DECISIÓN</p> <p>NO PROSPERA</p>

	(Zona centro oriente).	
	<p>SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LAS PRETENSIONES PRIMERA A DÉCIMA QUINTA PRINCIPALES: Que como consecuencia de la anterior pretensión subsidiaria se condene al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI al pago de todas las sumas que compensen al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 la mengua económica sufrida y se restablezca el equilibrio existente al momento de la celebración del Contrato en los términos acordados por las partes y acorde con la ley.</p>	
	<p>DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL: Que como quiera que el contrato de concesión No. 4151.1.14.26.004-10 aún no ha sido liquidado ni bilateral, ni unilateralmente, se efectúe su liquidación teniendo en cuenta las condenas que se impongan en el laudo arbitral.</p>	NO PROSPERA
	<p>DÉCIMA SEXTA SUBSIDIARIA: Que como quiera que el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 aún no ha sido liquidado ni bilateral ni unilateralmente, se ordene su liquidación teniendo en cuenta las condenas que se impongan en el laudo arbitral.</p>	PROSPERA
	<p>DÉCIMA SÉPTIMA PRINCIPAL: Que para el caso en que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI no diere cumplimiento inmediato al laudo arbitral que ponga fin al proceso que se inicia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados en el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.</p>	PROSPERA
	<p>DÉCIMA OCTAVA PRINCIPAL: Que se condene al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI al pago de las costas y agencias en derecho.</p>	PROSPERA
EXCEPCIONES	El Convocado no propuso excepciones.	

Valor de la decisión	\$24.198.244.339
Valor de las costas y agencias en derecho	El Municipio de Cali debe pagar: \$1.683.399.885
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)	NINGUNA
IX. EVENTUALES	
Recurso de Anulación	NO
Recurso de Revisión	NO
Acción de Tutela	NO
Conciliación total	NO
Conciliación parcial	NO

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES

I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. – CABG VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
Convocante	CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. – CABG
Nacionalidad del convocante	Colombiana
Naturaleza del Convocante	Persona jurídica – Sociedad anónima
Sector de Actividad Económica	Nacional
Convocado	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
Nacionalidad del convocado	Colombiana
Naturaleza del Convocado	Entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.
Subsector del sector público	Transporte
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá D.C., 13 de enero de 2016
Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá
Árbitros	Juan Pablo Cárdenas Mejía
	Gabriel Jaime Arango
	Germán Gómez Burgos
Secretaria	Andrea Atuesta Ortiz
Se presentó demanda de reconvencción	SI
Cuantía de la demanda principal	\$77.163.355.490
Cuantía de la demanda de reconvencción	\$32.370.213.289
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO	
	<p>De acuerdo con el numeral 2, de la página 33 del Laudo Arbitral, los hechos que dieron lugar a la presente controversia, se encuentran contenidos en el cuaderno principal No. 4 de la demanda que reposa en el expediente original. Considerando, que para efectos del presente documento sólo tenemos acceso al laudo arbitral, únicamente nos permitimos enunciar en este aparte, los temas sobre los cuales recaerá la decisión arbitral:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Contrato bajo estudio No. GG-040-2004. 2. El tipo contractual y su régimen jurídico. 3. El cumplimiento del acuerdo conciliatorio suscrito por las partes. 4. El incumplimiento del mecanismo de solución de controversias a través de amigable composición. 5. El modelo financiero del Contrato de Concesión. 6. La subcuenta de excedentes INCO 7. Obligaciones de gestión predial y esquema de riesgos en materia predial pactadas en el contrato. 8. Obligaciones en materia de redes de servicios públicos 9. Actividades de construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento pactadas en el Otrosí no. 8 del contrato. 10. Diseños y planos del proyecto vial. 11. El cumplimiento de la obligación de revestimiento de los nichos de parqueo del túnel Sumapaz 12. Entrega de los trayectos del proyecto vial. 13. Sobre la variante Boquerón. 14. Estabilización de zonas inestables. 15. Obras de drenaje del proyecto 16. Sobre el separador del trayecto 4 del proyecto vial.

	<p>17. Especificaciones técnicas del contrato de concesión. 18. Cláusula penal 19. Mayor permanencia. 20. Equilibrio económico del contrato.</p> <p>Sobre las controversias sucintas, el demandado presentó demanda de reconvencción.</p>
<p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS</p>	
<p>Problema jurídico principal 1</p>	<p>¿Cuándo en un contrato se ha pactado la amigable composición, esta se constituye en un requisito de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>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:</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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:</p> <p><i>“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</i></p>

	<p><i>tribunal de arbitramento. (...)</i></p> <p><i>“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.” –Negrilla del original subraya del Tribunal–</i></p> <p>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.</p> <p>(...)</p> <p>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.</p>
Problema jurídico principal 2	¿Considerando la jurisdicción arbitral como una competencia otorgada por la Constitución Política, pero a su vez derivada del acuerdo de voluntades, es posible que con ocasión de este último se limite de manera específica y puntual las controversias que se someterán a esta jurisdicción?
Ratio decidendi	<p>Entendiendo que la habilitación de la justicia arbitral está dada por la suscripción del pacto arbitral, debe ser este 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, <i>“... 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”</i>–subraya el Tribunal–.</p>

En el sub iudice, 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.

(...)

La cláusula compromisoria así concebida por las partes es la que habilita la competencia jurisdiccional de este Tribunal de Justicia.

(...)

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 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,

	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>(...)</p> <p>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.</p>
<p>Problema jurídico Principal 3</p>	<p>¿Con fundamento en el artículo 235 del Código General del Proceso, cuándo puede el juez negar efectos al dictamen pericial?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>Ahora bien, el tercer inciso del artículo 235 dispone que el juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo negar efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente la credibilidad. Esta regla genera una duda en cuanto a su sentido, pues como se vio, el artículo 235 consagra en sus dos primeros incisos dos deberes que son: el deber del perito de actuar con objetividad e imparcialidad, y el deber de la parte de no aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurren causales de recusación. Cabe entonces preguntarse a cuál de los dos deberes se refiere el tercer inciso del artículo 235.</p> <p>A juicio del Tribunal la respuesta es que la regla del inciso 3o debe aplicarse respecto del deber consagrado en el primer inciso de la norma, esto es la disposición que establece que el perito debe actuar con objetividad e imparcialidad y tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Lo anterior por las siguientes consideraciones:</p> <p>En primer lugar, si se examina el tercer inciso del artículo 235 se encuentra que el mismo establece que el “juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. Ahora bien, la expresión gramatical que emplea la norma indica que ella no se refiere al deber mencionado en el inciso segundo que la antecede, pues en tal caso el legislador hubiera empleado la expresión “de este deber” y empleó la “de ese deber”, lo cual indica que se refiere al primer inciso.</p> <p>En segundo lugar, si el segundo inciso impone a las partes el deber de</p>

	<p>abstenerse de aportar dictámenes elaborados por personas en quienes concurren las causales de recusación establecidas para los jueces, la violación de este deber no puede interpretarse en el sentido que la consecuencia es simplemente que el juez debe apreciar el dictamen con arreglo a las normas de la sana crítica, pues ello implicaría que un dictamen elaborado por un perito incurso en una causal de recusación debe ser objeto del mismo análisis que otro dictamen respecto del cual existe algún otro elemento que compromete la imparcialidad del perito que no es causal de recusación, y ello conduciría a concluir que no tendría efectos prácticos que la ley estableciera la prohibición de aportar dictámenes elaborados por personas que se encuentran en una causal de recusación. Las normas legales deben ser interpretadas de manera que las mismas produzcan efectos. Si la ley impuso a las partes abstenerse de aportar un dictamen elaborado por una persona en causal de recusación, la consecuencia debe ser coherente con la prohibición, y por ello debe ser que el dictamen carezca de mérito probatorio.</p> <p>Por lo demás debe recordarse que el legislador estableció una extensión a los peritos de las causales de recusación aplicables a los jueces, y las mismas tienen por finalidad que el juez no pueda conocer del proceso. No sobra recordar que el diccionario de la Lengua Española define la palabra recusar de la siguiente manera: <i>“Poner tacha legítima al juez, al oficial, al perito que con carácter público interviene en un procedimiento o juicio, para que no actúe en él”</i>. De este modo la recusación tiene siempre por propósito evitar que la persona en que concurre una de las causales que establece la ley pueda actuar en el proceso.</p> <p>Así las cosas concluye el Tribunal que, si se presenta un dictamen elaborado por una persona que se encuentra en una circunstancia de hecho que constituye una causal de recusación, dicho dictamen no puede tener valor probatorio. Por el contrario, como de acuerdo con la ley el perito debe actuar con “objetividad e imparcialidad” si se presentan otras circunstancias que afecten dichas condiciones, como podría ser que el perito tuviera en cuenta sólo lo que favorece a la parte y no la que la perjudica, corresponde al juez apreciar el mérito probatorio del dictamen, y puede en caso de que existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad negarle valor probatorio.</p>
Problema jurídico principal 4	¿Cuáles son los elementos de la existencia del contrato de concesión?
Ratio decidendi	<p>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.</p> <p>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 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</p>

	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>(...)</p> <p>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.</p> <p>(...)</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
Problema jurídico accesorio 1	¿El riesgo predial en un contrato de concesión siempre debe ser determinado?

Ratio decidendi

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 INCA, pero el Concesionario debía financiarlo temporalmente.

Todo lo expuesto anteriormente 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 cálculos 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.

(...)

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

	<p>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.</p> <p>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.</p>
Problema jurídico accesorio 2	¿En el marco de los contratos de concesión de tercera generación su terminación depende del mero vencimiento de un plazo?
	<p>Esta primera acotación permite entender la relevancia que significa el denominado ingreso esperado para el proyecto de concesión objeto de estudio, habida cuenta que al tratarse de un contrato de concesión de tercera generación, la finalización del mismo no está dada exclusivamente por el cumplimiento de un plazo extintivo, sino que, además, debe considerarse que el término de duración del mismo es variable en función del momento en que los ingresos generados por el proyecto alcancen el valor contemplado como ingreso esperado por los contratantes.</p> <p>El ingreso esperado así comprendido, fue establecido por el Gobierno Nacional como elemento propio de los contratos de concesión de segunda generación, de acuerdo con lo cual, fue modificado el esquema del plazo fijo del contrato, por un plazo variable que estaba dado por la obtención de un ingreso acumulado que demarcaría la terminación de la relación contractual. De esta forma, una vez se verificara que el ingreso generado alcanzaba la suma contemplada como ingreso esperado, se finalizaba el contrato y, en consecuencia, la infraestructura concesionada revertiría al Estado.</p> <p>Así lo explicó el H. Consejo de Estado, al señalar en relación con el mencionado ingreso esperado que:</p> <p><i>“Se cambió el esquema de plazo fijo de la concesión, por un plazo variable donde lo que interesaba era un valor de ingreso acumulado</i></p>

	<p><i>para la Nación. En efecto, en este sistema se introdujo el concepto de ingreso esperado que es la estimación que hace el concesionario de los ingresos que le puede generar la concesión durante la ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles. Una vez que los ingresos generados son iguales al ingreso esperado por el concesionario se termina el plazo de concesión y la infraestructura se revierte al Estado. Si el nivel de tráfico es más bajo que el esperado, el concesionario tardará más tiempo en recibir el ingreso esperado. El concesionario asume el riesgo comercial del proyecto debido a que el retorno de su inversión es variable y depende del tiempo que tarde en recibir su “ingreso esperado”.</i></p> <p><i>“El riesgo constructivo y el riesgo comercial fueron trasladados casi en su integridad al concesionario, y el plazo quedó sujeto al momento en que el concesionario obtuviera el nivel de ingreso esperado en el proceso de licitación en reemplazo del plazo fijo. Igualmente, se modificó el mecanismo de adjudicación puesto que se puso a competir los aportes de la Nación y las garantías de construcción, tráfico y riesgo cambiario.” – Subraya fuera del texto–</i></p> <p>Esta nueva metodología del plazo variable del contrato se mantuvo para las concesiones de tercera generación, cuya finalización no se surtía únicamente al verificarse el cumplimiento de un término extintivo en particular, sino que, era del todo necesario considerar que el contrato terminaría en el momento en que se obtuviera el ingreso esperado. Sobre este particular, el H. Consejo de Estado precisó:</p> <p><i>“En relación con el plazo, se mantendrá el esquema utilizado en la segunda generación donde se tendrá en cuenta solo ingreso y no tráfico garantizado; los bienes revertirán a la Nación cuando se superen los ingresos calculados, de modo que el plazo será variable sujeto al volumen de ingresos que debe generar el proyecto o ingreso esperado. El plazo variable representa flexibilización de las condiciones del contrato, reducción de posibilidades de renegociación del contrato, reducción de riesgos al concesionario.”</i></p> <p>Fue, entonces, el ingreso esperado el parámetro que se estipuló en el marco del contrato de concesión No. GG-040-2004, a fin de establecer o verificar la terminación de la relación contractual.</p>
Problema jurídico accesorio 3	¿El desequilibrio económico del contrato opera sólo a favor del concesionario?
	<p>Ahora bien, el principio de conservación del equilibrio económico del contrato es un elemento esencial del contrato estatal, al punto que incluso la jurisprudencia del Consejo de Estado lo ha aplicado a contratos no sujetos a la ley 80 de 1993 sino al derecho privado, pues en dicho principio va envuelta la preservación del interés público, en la medida en que gracias a dicho principio el contratista podrá ejecutar el contrato para satisfacer el propósito de interés público que se busca realizar, a pesar de que sea más costoso que lo inicialmente previsto, y por su parte la administración sólo debe asumir la contraprestación que corresponda de acuerdo con el equilibrio inicialmente previsto.</p> <p>En este sentido conviene recordar que el artículo 27 de la ley 80 de 1993 establece:</p> <p><i>“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia</i></p>

	<p><i>entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptaran en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.”</i></p> <p>La regla del artículo 27 de la ley 80 de 1993 sienta un principio general que en casos concretos puede operar a favor del contratista o de la entidad contratante, según sea el caso y el cual ha tenido manifestaciones concretas a través de las teorías del hecho del príncipe, la imprevisión o las sujeciones materiales imprevistas, pero cuyo alcance es general y por ello susceptible de cubrir cualquier otra posibilidad que reúna los requisitos legales.</p> <p>Desde esta perspectiva se aprecia, que de conformidad con el texto legal para que opere el deber de restablecer el principio del equilibrio económico del contrato se requiere entonces, que se rompa la equivalencia inicial entre las prestaciones; que dicha ruptura no sea imputable a quien sea afectado, y, finalmente, que el hecho que afecta el equilibrio no corresponda a un riesgo que asumió la parte que resultó afectada.</p> <p>Desde esta perspectiva, es claro que la no ejecución de la variante del Boquerón en forma distinta a lo pactado no es imputable a la entidad concedente.</p> <p>(...)</p> <p>El principio de la buena fe en la ejecución del contrato, que impone que los contratos obligan no sólo a lo pactado “sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural” (artículo 871 del Código de Comercio), implica que el tratamiento del desequilibrio debe jugar coherentemente para ambas partes. Por otra parte, si se entendiera que el riesgo social es compartido, es igualmente claro que el hecho de que se haya decidido no ejecutar una obra en su totalidad no tiene por qué afectar a la entidad concedente.</p> <p>A este respecto no sobra señalar que ya desde el Código Civil el legislador había fijado el criterio que, en un contrato de obra, si el que encarga la obra decide no hacerla, no tiene por qué pagar al contratista la totalidad del precio pactado sino “los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra”.</p> <p>(:..)</p> <p>En relación con este aspecto considera el Tribunal que aun cuando el modelo económico de la entidad estatal no señale en detalle las obras del Trayecto 8, así como tampoco se conoce el modelo del concesionario, lo cierto es que es evidente que hay una ruptura del equilibrio económico pues el concesionario no realiza todas las inversiones que debió hacer y en todo caso recibe el ingreso esperado que estaba destinado a remunerarlas.</p>
Problema jurídico accesorio 4	¿El concesionario está obligado a responder los derechos de petición que se le formulen con ocasión de la concesión?
Ratio decidendi	

	<p>Por consiguiente, a la luz de la jurisprudencia constitucional es claro que el Concesionario que por virtud de un contrato debe adelantar el proceso de adquisición predial por cuenta de la entidad estatal está obligado a responder los derechos de petición que se presenten en relación con dicho proceso. Si de acuerdo con la jurisprudencia constitucional el Concesionario está obligado a responder todas las peticiones que se le presenten, es apenas lógico entender que debe responder igualmente aquellas que se le presenten a la entidad estatal y ella le comunique.</p> <p>No sobra igualmente señalar que la ley 1755 de 2015 reconoce de manera amplia el derecho de petición de toda persona para garantizar sus derechos fundamentales cuando el mismo se presente “ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes”. Igualmente lo reconoce ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión, subordinación o la persona natural se encuentre ejerciendo una función o posición dominante frente al peticionario. Agrega la ley que las organizaciones privadas sólo podrán invocar la reserva de la información solicitada en los casos expresamente establecidos en la Constitución Política y la ley. Por consiguiente, es claro desde el punto de vista legal, que los concesionarios deben atender los derechos de petición que se presenten en relación con la concesión.</p> <p>Por lo anterior prospera la excepción formulada por la demandada en el sentido que el Concesionario está obligada a responder las peticiones que se le formulen.</p>
Problema Jurídico Accesorio 5	¿ A través de la jurisdicción arbitral es posible adelantar un trámite ejecutivo?
Ratio decidendi	<p>Si bien pueden someterse a arbitraje todas las controversias relativas a materias disponibles (artículo 1o de la ley 1563 de 2012), la legislación actual no consagra una regulación para un proceso arbitral cuyo objeto sea ejecutar una obligación clara, expresa y exigible. En efecto, el proceso arbitral, tal como está regulado por la ley colombiana, es ante todo un proceso declarativo. Lo anterior ha llevado a sostener que no se pueden adelantar procesos ejecutivos por la vida arbitral.</p> <p>En efecto, en sentencia del 8 de julio de 2009 (Radicación No. 110010326000200900026 00) dijo el Consejo de Estado “...así se admita la posibilidad de convocar tribunales de arbitramento para tramitar procesos ejecutivos, surgen dos obstáculos que deben ser superados para que aquellos puedan actuar válidamente en tal clase de procesos: 1. De un lado, es necesario que el legislador autorice y establezca el procedimiento a seguir por parte de los árbitros, cuando se trata de cobros ejecutivos, puesto que el procedimiento que actualmente existe, corresponde a un proceso de conocimiento, declarativo y de condena, que obviamente no resulta adecuado para aquella finalidad. 2. De otro lado, es necesario que las partes expresamente hayan acordado en el pacto arbitral la posibilidad de someter al conocimiento de árbitros el cobro coactivo de obligaciones claras, expresas y exigibles, contenidas en títulos ejecutivos – en este caso, derivados de contratos estatales-, es decir, que de manera</p>

expresa y concreta incluyan en la cláusula compromisoria o en el compromiso, el acuerdo de tramitar los procesos ejecutivos que se puedan suscitar entre ellas, ante Tribunales de arbitramento y no ante la jurisdicción ordinaria...”.

Como se puede apreciar, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró que no es posible convocar a los árbitros para tramitar un proceso ejecutivo, por cuanto, de una parte, el procedimiento arbitral que actualmente existe es de carácter declarativo, y porque de la otra, es necesario que las partes expresamente hayan acordado la posibilidad de someter a árbitros el cobro coactivo de obligaciones claras, expresas y exigibles.

Ahora bien, ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que *“Cuando una parte pretende frente a otra la existencia y reconocimiento de un derecho a su favor y la plena satisfacción de él, o, como es común, que quede sujeta a las consecuencias del incumplimiento obligacional suyo, previa la declaración sobre el estado jurídico preexistente que las une, tratase de procesos declarativos y de condena. Por ello, definido el conflicto de intereses, nitidamente resulta, mediante su sentencia, una condena unida a la declaración de derecho o de la responsabilidad como fundamento de aquella”. Por el contrario “Tratándose de los procesos de ejecución aparece, como lo tiene precisado la doctrina, una pretensión insatisfecha que, por lo mismo y por existir clara y determinadamente en un título, permite obtener coercitivamente su cumplimiento”.*

Así mismo ha dicho el Consejo de Estado que las *“controversias o conflictos, dan lugar a la existencia de los procesos declarativos genéricos o de conocimiento, en contraposición a los procesos ejecutivos, toda vez que mediante los primeros, se busca establecer la existencia de un derecho sobre el que recae la incertidumbre, mientras que a través del segundo, lo que se pretende es el cumplido ejercicio de tal derecho radicado en cabeza del ejecutante, mediante la coerción del deudor a cumplir con su obligación, respecto de cuya existencia ninguna duda subsiste, puesto que precisamente se trata de obtener el cumplimiento coactivo de una obligación clara, expresa y exigible, que consta en un título ejecutivo, que bien puede ser una sentencia judicial en la que se haya declarado la existencia del derecho;...”*

De esta manera, lo que permite distinguir el proceso declarativo del ejecutivo es el hecho de que en el primero se pretende la declaración de un derecho u obligación y, si es el caso, su cumplimiento, en tanto que en el ejecutivo lo que se busca es que se cumpla coactivamente una obligación clara expresa y exigible que consta en un título ejecutivo y se encuentra insatisfecha.

Desde esta perspectiva si se examina la pretensión décima segunda de la demanda reformada se aprecia que en la misma se pide:

“DECIMA SEGUNDA. CONSECUENCIAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones que la ANI ha incumplido con sus obligaciones contractuales contempladas en el numeral 5.1 del Acuerdo Conciliatorio suscrito el día 5 de marzo de 2013, al no liberar las retenciones de los peajes en los términos y condiciones estipuladas en dicho Acuerdo”.

	<p>Como se puede apreciar, en dicha pretensión no se solicita librar el mandamiento de pago para cumplir una obligación, y que dentro del trámite se practiquen las medidas cautelares propias de los procesos de ejecución, para que si la obligación no es satisfecha, la misma se haga cumplir por la vías ejecutivas que prevé la ley. Lo que se pretende en la pretensión es una declaración que consiste en que la ANI ha incumplido una obligación que asumió en el Acuerdo Conciliatorio. De los árbitros no se solicita que decreten las medidas cautelares propias del proceso ejecutivo, así como tampoco ejerzan un poder coactivo para hacer cumplir la obligación. Por consiguiente, no se pretende adelantar un proceso ejecutivo por la vía arbitral.</p> <p>Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que es competente para conocer de la controversia que se refiere a dicha pretensión.</p>
<p>Problema jurídico accesorio 6</p>	<p>¿Cuándo se condena al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cómo se causan los intereses?</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>En relación con estos conceptos debe observarse que para que se causen intereses de mora debe existir una obligación líquida de pagar una suma de dinero, lo cual no ocurre cuando se condena al restablecimiento del equilibrio económico roto en contra de una de las partes o al pago de perjuicios por el incumplimiento de una obligación distinta al pago de una suma de dinero, pues en tales casos la obligación líquida a pagar una suma de dinero surge de la sentencia y por ello es en relación con dicha condena que deben causarse intereses.</p> <p>En tal sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia:</p> <p><i>“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 aquel precepto, o bien en la ulterior reparación de perjuicios de mayor entidad si el acreedor reclamante demuestra haberlos experimentado” (CCLV, págs. 354 y 355).</i></p> <p><i>“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.”</i></p> <p>(...)</p> <p>Desde esta perspectiva encuentra entonces el Tribunal que las</p>

	<p>condenas que se imponen en este laudo solo se declararon y se determinaron en la presente providencia. Por consiguiente, sólo a partir de dicho momento puede proceder la condena al pago de intereses de mora, para lo cual debe tenerse en consideración que las partes pactaron que la mora se produciría veinte días hábiles después.</p> <p>Así las cosas, se condenará al pago de intereses de mora a la tasa del interés bancario corriente más una mitad sobre las sumas a las que es condenada la demandada en reconvención que no sean pagadas a la entidad estatal dentro del plazo de veinte días hábiles contados partir de la ejecutoria del Laudo.</p>
Tema principal	Elementos de la existencia del contrato de concesión
Tema accesorio 1	Cláusula penal
Tema accesorio 2	Causales de recusación
Tema accesorio 3	Equilibrio económico del contrato
Tema accesorio 4	El derecho de petición contra particulares
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Concesión
Subclasificación	Obra
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público	<p>El doctor José Pablo Durán Gómez, en su condición de Procurador Judicial II Administrativo, presentó con amplitud a lo largo del laudo, sus consideraciones sobre cada una de las pretensiones presentadas por el convocante que coincidió en su mayoría con lo decidido por el Tribunal de arbitramento.</p> <p>**Nota: En atención a la minucia de los pronunciamientos, para profundizar es preciso remitirse a cada ítem del laudo referente al concepto del ministerio público.</p>
VI. FUENTES RELEVANTES	
Normativas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ley 446 de 1998 2. Ley 794 de 2003 3. Ley 1395 de 2010 4. Artículo 141, 142, 226, 228, 235, 241 del Código General del Proceso 5. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 6. Artículo 3, 13, 23, 25, 27, 28, 32, 40 de la Ley 80 de 1993 7. Ley 105 de 1993 8. Artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 9. Artículo 59, 60, 61 de la Ley 1563 de 2012 10. Artículo 130, 226 del Decreto 1818 de 1998 11. Artículo 1518, 1592, 1596, 1599, 1601, 1603, 1618, 1620, 1621, 1622 del Código Civil 12. Artículo 1 de la Constitución Política.

	<p>13. Artículo 8, 26 del Decreto 2170 de 2002 14. Ley 1755 de 2015 15. Artículo 867 del Código de Comercio 16. Artículo 13 de la Ley 1753 de 2014</p>
<p>Jurisprudencia Judicial</p>	<p>1. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL:</p> <p>1.1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia dl 20 de febrero de 2014. Exp.: 41064. C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.</p> <p>1.2. Corte Constitucional. Sentencia T-057 del 20 de febrero de 1995.</p> <p>1.3. 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.</p> <p>1.4. 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.</p> <p>1.5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de primero (1o) de julio de 2015, Exp. 53.181, C.P. Olga Mélida Valle De la Hoz (E).</p> <p>1.6. 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.</p> <p>1.7. Sentencia del 8 de julio de 2009 (Radicación No. 110010326000200900026 00.</p> <p>1.8. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de noviembre de 1981</p> <p>2. SOBRE CAUSALES DE RECUSACIÓN:</p> <p>2.1. Sala Plena del Consejo de Estado en providencia de abril 21 de 2009 (Radicación N° 11001-03-25-000-2005-00012-01)</p> <p>2.2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 24 de enero de 2007 (proceso N° 26667)</p> <p>3. FACULTAD DE LAS ENTIDADES PARA ACUDIR A LA AMIGABLE COMPOSICIÓN:</p> <p>3.1. Concepto 11001-03-06- 000-2009-00033-00 del 13 de agosto de 2009 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Estado</p> <p>3.2. Corte Constitucional. Sentencia T-17 de 2005</p> <p>3.3. Auto del 21 de octubre de 2009 (Radicación 25000-23-26-000-</p>

2008- 00141-01), Sección Tercera del Consejo de Estado.

3.4. Consejo de Estado, Sentencia del 15 de abril de 2015, Radicación: 11001032600020100000400 Expediente: 38053.

4. SOBRE EL DEBER DE PLANEACIÓN:

4.1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de veintinueve (29) de abril de 2015, Exp. 21.081, C.P. Hernán Andrade Rincón.

5. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE PLEITO PENDIENTE:

5.1. Corte Suprema de Justicia, Gaceta judicial No. 1957/58. 708

5.2. Sentencia de la Sección Cuarta del 21 de septiembre de 2006 Radicación número: 11001-00-00-000-2001- 02165-01.

6. SOBRE LAS FACULTADES DE UN INTERVENTOR:

6.1. Consejo de Estado en sentencia del 19 de octubre de 2011 (Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01 18082)

7. SOBRE EL INGRESO ESPERADO:

7.1. 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.

8. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO:

8.1. Corte Suprema de Justicia (REF. 11001-3103-039-2000-00310-01)

9. SOBRE EL DERECHO DE PETICIÓN CONTRA PARTICULARES:

9.1. Corte Constitucional. Sentencia T-766 de 2002

10. SOBRE LA CLÁUSULA PENAL:

10.1. Consejo de Estado. Sentencia del 25 de agosto de 2011. Proceso número: 25000232600019930896701 20910.

10.2. Consejo de Estado. Sentencia del 6 de diciembre de 2013. Expediente No.27593.

11. SOBRE LA CAUSACIÓN DE INTERESES DE MORA:

11.1. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 agosto de 2008. Expediente No. 11001-3103-022-1997-14171-01

11.2. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de febrero de 2012. Referencia: 73001-3103-001-2000-00103-01.

12. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO:

	12.1. Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 2013										
Jurisprudencia Arbitral	No se acudió a Jurisprudencia Arbitral										
VII. DURACIÓN DEL PROCESO											
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda	1. Presentación de la demanda: 24 de octubre de 2012 2. Fecha del laudo: 13 de enero de 2016 3. Días: 1176 días										
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite	1. Primera audiencia de trámite: 30 de mayo de 2014 2. Días: 593 días										
Suspensiones solicitadas por las partes	(13) Total días: 149 días										
Suspensiones por causa legales	(1) Total: 32 días										
VIII. DECISUM											
<p>Respuesta al problema planteado: Decisión unánime: <u>SI</u> Salvamento de voto: <u>NO</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal: <u>NO</u> Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal: <u>SI</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvencción: <u>NO</u> Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvencción: <u>SI</u></p>	<p style="text-align: center;"><u>PRETENSIONES DEMANDA PRINCIPAL</u></p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>PRETENSIONES</th> <th>DECISIÓN</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>PRIMERA. DECLARAR en interpretación de la cláusula 9 numeral 9.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, y del Otrosí No. 4 cláusula 4; Otrosí 7, cláusula 8; Otrosí 8, cláusula 8; Otrosí 18, clausulas 3, 4 y 19, las fechas de entrega de los Trayectos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 por parte de CABG.</td> <td style="text-align: center;">PROSPERA</td> </tr> <tr> <td>SEGUNDA: DECLARAR que las afectaciones al programa de obra y a los plazos en la entrega de trayectos a que se refiere la pretensión anterior, obedecen a circunstancias ajenas a CABG e imputables al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la ANI.</td> <td style="text-align: center;">NO PROSPERA</td> </tr> <tr> <td>TERCERA: DECLARAR que la ANI desconoció el Procedimiento de Solución de Controversias de la Cláusula 60 del CONTRATO DE CONCESIÓN, al no dar aplicación al mecanismo de la Amigable Composición para la solución de las divergencias declaradas y notificadas por CABG en los términos de la cláusula 29.3 – aplicación de disminución de ingresos -, notificadas en oficios. (Enumerados en la demanda)</td> <td style="text-align: center;">NO PROSPERA</td> </tr> <tr> <td>CUARTA. CONSECUENCIAL.</td> <td style="text-align: center;">EL TRIBUNAL ES</td> </tr> </tbody> </table>	PRETENSIONES	DECISIÓN	PRIMERA. DECLARAR en interpretación de la cláusula 9 numeral 9.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, y del Otrosí No. 4 cláusula 4; Otrosí 7, cláusula 8; Otrosí 8, cláusula 8; Otrosí 18, clausulas 3, 4 y 19, las fechas de entrega de los Trayectos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 por parte de CABG.	PROSPERA	SEGUNDA: DECLARAR que las afectaciones al programa de obra y a los plazos en la entrega de trayectos a que se refiere la pretensión anterior, obedecen a circunstancias ajenas a CABG e imputables al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la ANI.	NO PROSPERA	TERCERA: DECLARAR que la ANI desconoció el Procedimiento de Solución de Controversias de la Cláusula 60 del CONTRATO DE CONCESIÓN, al no dar aplicación al mecanismo de la Amigable Composición para la solución de las divergencias declaradas y notificadas por CABG en los términos de la cláusula 29.3 – aplicación de disminución de ingresos -, notificadas en oficios. (Enumerados en la demanda)	NO PROSPERA	CUARTA. CONSECUENCIAL.	EL TRIBUNAL ES
PRETENSIONES	DECISIÓN										
PRIMERA. DECLARAR en interpretación de la cláusula 9 numeral 9.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, y del Otrosí No. 4 cláusula 4; Otrosí 7, cláusula 8; Otrosí 8, cláusula 8; Otrosí 18, clausulas 3, 4 y 19, las fechas de entrega de los Trayectos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 por parte de CABG.	PROSPERA										
SEGUNDA: DECLARAR que las afectaciones al programa de obra y a los plazos en la entrega de trayectos a que se refiere la pretensión anterior, obedecen a circunstancias ajenas a CABG e imputables al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la ANI.	NO PROSPERA										
TERCERA: DECLARAR que la ANI desconoció el Procedimiento de Solución de Controversias de la Cláusula 60 del CONTRATO DE CONCESIÓN, al no dar aplicación al mecanismo de la Amigable Composición para la solución de las divergencias declaradas y notificadas por CABG en los términos de la cláusula 29.3 – aplicación de disminución de ingresos -, notificadas en oficios. (Enumerados en la demanda)	NO PROSPERA										
CUARTA. CONSECUENCIAL.	EL TRIBUNAL ES										

	DIRIMIR las controversias declaradas, solicitadas y notificadas por CABG a que se refiere la pretensión anterior y no resueltas ¹⁰² con ocasión de la negativa de la ANI a ejecutar la figura de la amigable composición pactada en EL CONTRATO y a reconocer el Acta suscrita el 22 de julio de 2004 ¹⁰³ y los amigables componedores allí nominados.	INCOMPETENTE
	QUINTA. DECLARAR que las negativas de la ANI a que se refiere la pretensión anterior, constituyen un incumplimiento contractual de la cláusula 60 del CONTRATO.	NO PROSPERA
	SEXTA. DECLARAR que dicho incumplimiento, constituyen una vulneración al debido proceso y al derecho de defensa de CABG; así como un abuso del derecho por parte de la ANI que buscaba generar y prolongar los riesgos legales y regulatorios del Proyecto Bogotá-Girardot frente al sector financiero y a los tenedores de bonos, situación que afectó la posición crediticia de CABG y del Patrimonio Autónomo del proyecto.	NO PROSPERA
	SÉPTIMA. CONSECUENCIAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones la excepción de contrato no cumplido a favor de CABG.	NO PROSPERA
	OCTAVA. CONSECUENCIAL. EXONERAR como consecuencia de las anteriores pretensiones a CABG de la exigibilidad del vencimiento del plazo de la Etapa de Construcción y Rehabilitación contemplada en la cláusula 9 del CONTRATO DE CONCESIÓN, modificado mediante otrosí No.8, cláusula 9.	NO PROSPERA
	NOVENA. DECLARAR en interpretación del Acta de Entendimiento suscrita el día 5 de marzo de 2013, que las disminuciones de ingresos no objetadas por CABG contempladas en dicho documento conciliatorio, fueron acordadas y conciliadas por las PARTES.	EL TRIBUNAL ES INCOMPETENTE
	DÉCIMA. DECLARAR en interpretación del Acta de Entendimiento suscrita el día 5 de	EL TRIBUNAL ES INCOMPETENTE

	<p>marzo de 2013, que conciliado el asunto y suscrita dicha acta no procede continuar con el mecanismo de disminución de ingresos a partir de dicha fecha.</p>	
	<p>DÉCIMA PRIMERA. DECLARAR en concordancia con el numeral 5 del Acuerdo Conciliatorio de 5 de marzo de 2013, que respecto de los subtrayectos entregados por CABG no podrá ser aplicada la retención de peajes en un cien (100%) del porcentaje definido para cada sub-trayecto según la cláusula 19.5.1, sino exclusivamente sobre el porcentaje remanente de cada sub-trayecto en tanto éste no sea efectivamente recibido por la Interventoría.</p>	<p>DESISTIDA</p>
	<p>DECIMA SEGUNDA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones que la ANI ha incumplido con sus obligaciones contractuales contempladas en el numeral 5.1 del Acuerdo Conciliatorio suscrito el día 5 de marzo de 2013, al no liberar las retenciones de los peajes en los términos y condiciones estipuladas en dicho Acuerdo</p>	<p>DESISTIDA</p>
	<p>DECIMA TERCERA. NOMBRAR los miembros de la lista de Amigables Compondores ad hoc contemplada en el Acuerdo Conciliatorio suscrito el 5 de marzo de 2013.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>DÉCIMA CUARTA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de la anterior pretensión que en virtud de la Cláusula 29.3 y 29.5 del CONTRATO DE CONCESIÓN, la causación de las disminuciones en la remuneración objetadas está condicionada a la decisión de la controversia por parte del Amigable Compondor y/o Tribunal de Arbitramento, y que sólo se causará cuando así lo determine el Juez del Contrato y/o Amigable Compondor.</p>	<p>EL TRIBUNAL ES INCOMPETENTE</p>
	<p>DÉCIMA QUINTA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las</p>	<p>EL TRIBUNAL ES INCOMPETENTE</p>

	<p>pretensiones anteriores que la Subcuenta Especial de Disminuciones a que se refiere la cláusula 29, es una cuenta de orden contable, y sólo cuando el Amigable Componedor y/o Tribunal de Arbitramento decidan que se causó, podrá exigirse y ordenarse a la Fiduciaria de Occidente el traslado de los fondos de la subcuenta principal.</p>	
	<p>DÉCIMA SEXTA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones que las órdenes impartidas por la ANI a la Fiduciaria de Occidente de traslado de recursos de las disminuciones de ingresos objetadas por CABG, constituyen un incumplimiento grave del CONTRATO DE CONCESIÓN.</p>	<p>EL TRIBUNAL ES INCOMPETENTE</p>
	<p>DÉCIMA SÉPTIMA. DECLARAR que de conformidad con la cláusula 29 del CONTRATO DE CONCESIÓN, el amigable componedor o el mecanismo de solución de controversias, es quien debe dirimir las controversias suscitadas con ocasión de las órdenes impartidas por la ANI a la Fiduciaria de Occidente tendientes al traslado de recursos de las disminuciones de ingresos objetadas por CABG, y por tanto hasta que no se dirima dicha controversia, la disminución no podrá ni podía ser exigida</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>DECIMA OCTAVA. CONSECUCIONAL como consecuencia de las anteriores pretensiones, declarar la excepción de contrato no cumplido a favor de CABG.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>DECIMA NOVENA. CONSECUCIONAL. DETERMINAR como consecuencia de las anteriores pretensiones, que una vez dirimida la controversia respecto de las disminuciones de ingreso, y si dicha decisión es favorable a la ANI, el traslado de</p>	<p>EL TRIBUNAL ES INCOMPETENTE</p>

	<p>los recursos deberá realizarse cada mes en un porcentaje no superior al diez por ciento (10%) de los ingresos recibidos.</p>	
	<p>VIGÉSIMA. DECLARAR que en el evento de ser exigible la CLAUSULA PENAL contemplada en la cláusula 30 del CONTRATO DE CONCESIÓN, ésta deberá ser valorada proporcionalmente.</p>	<p>EL TRIBUNAL NO ES COMPETENTE</p>
	<p>VIGÉSIMA PRIMERA. CONSECUCIONAL como consecuencia de la anterior pretensión, sin perjuicio de la declaración de cumplimiento y/o de la de excepción de contrato no cumplido a favor de CABG que se pretenden en la presente demanda y en el tribunal de arbitramento previo, con base en el estado del proyecto en las siguientes fechas: 1. Noviembre del 2011; 2. Febrero del 2012; 3. Julio del 2012; 4. Diciembre del 2012; 5. Marzo del 2013; 6. Julio del 2013, DETERMINAR Y CUANTIFICAR LA CLAUSULA PENAL que sería exigible en cada una de ellas a CABG y solo en el caso de existir incumplimiento de CABG.</p>	<p>EL TRIBUNAL NO ES COMPETENTE</p>
	<p>VIGÉSIMA SEGUNDA. CONSECUCIONAL. DETERMINAR como consecuencia de las anteriores pretensiones, sin perjuicio de la declaración de cumplimiento y/o de la de excepción de contrato no cumplido a favor de CABG que se pretenden en la presente demanda y en el tribunal de arbitramento previo a favor de CABG, el monto máximo que sería exigible a CABG, a título de sanción, en cada una de dichas fechas.</p>	<p>EL TRIBUNAL NO ES COMPETENTE</p>

	<p>VIGÉSIMA TERCERA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones, que las órdenes de la ANI de retención de peajes y de disminución de ingresos son desproporcionadas, no se ajustan a la valoración proporcional de la CLAUSULA PENAL, y por tanto, son un abuso del derecho por parte de la ANI que constituyen un incumplimiento grave de la ley y del contrato.</p>	<p>DESISTIDA</p>
	<p>VIGÉSIMA CUARTA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones, la excepción de contrato no cumplido a favor de CABG.</p>	<p>EL TRIBUNAL NO ES COMPETENTE</p>
	<p>VIGÉSIMA QUINTA. DECLARAR que el manejo y uso de los recursos de la SUBCUENTA DE EXCEDENTES INCO no se ha ajustado a los términos y condiciones contemplados en las cláusula 5.1 del Contrato Fiduciario, 1.65 y 25.1 del CONTRATO DE CONCESIÓN.</p>	<p>DESISTIDA</p>
	<p>VIGÉSIMA SEXTA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de la anterior pretensión, que la ANI ha utilizado de manera indebida y antijurídica, las clausulas 1.65, 25.1 del CONTRATO DE CONCESIÓN.</p>	<p>DESISTIDA</p>
	<p>VIGÉSIMA SÉPTIMA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones, que las actuaciones de la ANI constituyen mala fe contractual.</p>	<p>DESISTIDA</p>
	<p>VIGÉSIMA OCTAVA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones, que la ANI incumplió el CONTRATO DE CONCESIÓN.</p>	<p>DESISTIDA</p>
	<p>VIGÉSIMA NOVENA.</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>CONSECUENCIAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones, la excepción de contrato no cumplido a favor de CABG.</p>	
	<p>TRIGÉSIMA. DECLARAR que CABG ha dado cumplimiento a las ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO, contenidas en el Apéndice 3 del CONTRATO DE CONCESIÓN.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA PRIMERA. DECLARAR que la medición del índice de estado debe ser realizada según las especificaciones TÉCNICAS DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO contenidas en el Apéndice 3 del CONTRATO DE CONCESIÓN.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA SEGUNDA. CONSECUENCIAL. DECLARAR como consecuencia de las pretensiones anteriores, que la metodología y los equipos usados por la Interventoría CIC 2012 en el año 2013, para realizar la medición del índice de estado no cumple con la reglamentación contractual.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA TERCERA. DECLARAR que el CONCESIONARIO no está obligado legal y contractualmente a responder e incluir los derechos de petición que sean dirigidos a la ANI y a la Interventoría dentro de la base de datos donde se registran las quejas, peticiones, reclamos que se reciben en los PQR.</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>TRIGÉSIMA CUARTA. DECLARAR que la ANI incumplió con el pago completo de la obligación de giro de las vigencias fiscales futuras correspondientes a la vigencia fiscal del año 2013, contemplado en el Documento CONPES 3632 y en el Contrato Adicional 1 del CONTRATO DE CONCESIÓN.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA QUINTA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de la pretensión, que el recalcule del modelo financiero del Adicional 1 por parte de CABG está condicionado al cumplimiento de la ANI de sus obligaciones correlativas contempladas en el CONTRATO DE CONCESIÓN, incluyendo el cumplimiento y asunción del riesgo predial a su cargo así como el pago completo de las vigencias fiscales futuras contenidas.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA SEXTA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones, la excepción de contrato no cumplido a favor de CABG.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA SÉPTIMA. DECLARAR que la ANI recibió los diseños propios a nivel de detalle elaborados por CABG, durante la "Etapa de Pre construcción", conforme a la cláusula 34 y a las especificaciones técnicas del CONTRATO DE CONCESIÓN.</p>	<p>PROSPERA</p>

	<p>TRIGÉSIMA OCTAVA. DECLARAR como consecuencia de la anterior pretensión así como las previsiones del CONTRATO DE CONCESIÓN, que CABG tiene la facultad contractual de realizar cambios en los diseños propios a nivel de detalle, siempre que éstos cumplan con las especificaciones técnicas del CONTRATO DE CONCESIÓN.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA NOVENA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones, que el concesionario no está obligado a efectuar el recubrimiento de los Nichos de parqueo del túnel GLV como requisito exigible para la entrada en operación del Trayecto 9.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>CUADRAGÉSIMA. ESTABLECER Y DETERMINAR de conformidad con el CONTRATO DE CONCESIÓN y el Otrosí No. 8, el alcance de la denominada "ADECUACIÓN PUENTE PEATONAL TERREROS EXISTENTE".</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>CUADRAGÉSIMA PRIMERA. DECLARAR que se han presentado sobrecostos sustanciales del orden de cuatrocientos por ciento (400%) en la gestión predial a cargo de CABG, que no fueron contemplados en la estructuración del proyecto, en su ecuación económica y financiera, en el CONTRATO DE CONCESIÓN y en sus Otrosíes, derivados de falencias en los estudios previos del proyecto y en situaciones imprevistas e irresistibles acaecidas durante la ejecución de la Construcción.</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>CUADRAGÉSIMA SEGUNDA CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de la anterior pretensión, que se ha producido el rompimiento de la ecuación económica y financiera del CONTRATO DE CONCESIÓN en contra de CABG.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>CUADRAGÉSIMA TERCERA. DECLARAR que el contrato de concesión no contempla un modelo financiero vinculante distinto al modelo financiero elaborado por la ANI y parte de los estudios previos de la etapa precontractual (estructuración del "Proyecto").</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>CUADRAGÉSIMA CUARTA. CONSECUCIONAL como consecuencia de la anterior pretensión, DECLARAR que en el CONTRATO DE CONCESIÓN no se obliga a CABG a la realización de inversiones forzosas en valores y plazos, distintas al pago de la Comisión de Éxito", "Subcuenta de Interventoría", "Subcuenta de Predios" y a los aportes de capital del CONCESIONARIO al "Proyecto".</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>CUADRAGÉSIMA QUINTA. DECLARAR que CABG ha sufrido una mayor permanencia en obra durante la Etapa de Construcción por razones imputables a la ANI.</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>CUADRAGÉSIMA SEXTA. DECLARAR que CABG ha incurrido e incurrirá en sobrecostos por las demoras en el recibo de las Estaciones de Transmilenio Soacha por parte de la ANI; por la entrega anticipada y puesta al servicio a los usuarios de los trayectos Túnel y del Túnel del Sumapaz.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA. DECLARAR que CABG incurrió en mayores costos a los establecidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN a su cargo (Clausula 37) originados en el traslado de redes de servicios públicos de todos los trayectos del corredor vial, mayores costos que deben ser sufragados por la ANI.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>CUADRAGÉSIMA OCTAVA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones, el rompimiento de la ecuación económica y financiera del CONTRATO DE CONCESIÓN en contra de CABG.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>CUADRAGÉSIMA NOVENA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones relacionadas con el rompimiento de la ecuación económica y financiera, que (...).</p>	<p>DESISTIDA</p>
	<p>QUINCUAGÉSIMA. DETERMINAR que la competencia para conocer de las controversias que aquí se debaten recae única y exclusivamente en el Tribunal de Arbitramento, como Juez Natural del CONTRATO DE CONCESIÓN.</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>QUINCUAGÉSIMA PRIMERA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de la anterior pretensión, que la Superintendencia de Puertos y Transportes no es competente para conocer de las controversias contractuales sometidas al conocimiento exclusivo del presente Tribunal de Arbitramento.</p>	<p>EL TRIBUNAL ES INCOMPETENTE</p>
	<p>QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA. CONSECUCIONAL. ORDENAR como consecuencia de todas las anteriores pretensiones de incumplimientos y equilibrio económico, a la ANI restablecer la ecuación económica y financiera del CONTRATO DE CONCESIÓN a favor de la CABG, en la suma que se establecerá durante el presente Tramite Arbitral.</p>	<p>DESISTIDA</p>
	<p>QUINCUAGÉSIMA TERCERA. CONSECUCIONAL. CONDENAR como consecuencia de la anterior pretensión, a la ANI al pago a CABG de una indemnización integral de perjuicios que incluya tanto el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato como el daño emergente y lucro cesante ocasionados por los incumplimientos contractuales de la ANI.</p>	<p>DESISTIDA</p>
	<p>QUINCUAGÉSIMA CUARTA. CONDENAR en su oportunidad a la ANI a pagar los gastos, agencias en derecho y demás costas generadas por el presente Tramite.</p>	<p>PROSPERA</p>
<p><u>PRETENSIONES DEMANDA DE RECONVENCIÓN</u></p>		
	<p>PRETENSIONES</p>	<p>DECISIÓN</p>

	<p>Que se declare que el ingreso esperado remunera al Concesionario por la construcción de las obras de la variante “El Boquerón” a las que se refiere la pretensión primera. Que se declare que el ingreso esperado remunera al Concesionario por la construcción de las obras de la variante “El Boquerón” a las que se refiere la pretensión primera.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>SEGUNDA. Que se declare que el Ingreso esperado remunera al Concesionario por la construcción de las obras de la variante “El Boquerón” a las que se refiere la pretensión primera.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>TERCERA. Que se declare que el Concesionario incumplió la obligación contractual a la que se refiere la pretensión primera anterior.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>CUARTA. Que como consecuencia de las pretensiones segunda y tercera se declare que el Concesionario está obligado a construir, a su costo, las obras a las que se refiera la pretensión primera.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>CUARTA SUBSIDIARIA. En caso de que no prospere la pretensión cuarta principal, que se declare que el Concesionario está obligado a restituir a la ANI la diferencia entre el valor de las obras a las que se refiere la pretensión primera y el valor de las obras conocidas como “el paso urbano El Boquerón”.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>QUINTA. Que se declare que la ANI no está contractualmente obligada a sufragar el costo de los predios donde el Concesionario construyó las obras conocidas como “el paso urbano El Boquerón” incluyendo los intereses sobre las sumas financiadas por el Concesionario para la adquisición de dichos predios que fueron pagados por la ANI.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>SEXTA. Como consecuencia de la pretensión quinta anterior, se declare que el Concesionario tiene la obligación de restituirle a la ANI la suma que esta pagó por los predios necesarios para la construcción del “paso urbano El Boquerón” y los intereses sobre las sumas financiadas para adquirir dichos predios.</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>SEXTA SUBSIDIARIA. En caso de que no prospere la pretensión sexta principal, que se declare que el Concesionario tiene la obligación de restituirle a la ANI el valor de la diferencia entre el costo de los predios que fueron adquiridos para construir el “paso urbano El Boquerón” y lo que en su momento costaban los predios necesarios para construir las obras de la variante “El Boquerón”.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>SÉPTIMA. Que se declare que el Concesionario de acuerdo con la cláusula primera del Otrosí No. 8 tenía la obligación de construir las siguientes obras adicionales:</p> <p>A. En el Trayecto 1:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Carriles de tráfico mixto necesarias para la adecuación y construcción del carril tráfico mixto sobre la calzada norte del el KO+285 al k5+900 2. Cinco puentes peatonales 3. Paso deprimido de la intersección 3M 4. Intersección a nivel Terreros 5. Intersección a nivel San Mateo 6. Señalización vertical horizontal correspondiente a los carriles de tráfico mixto y las intersecciones a nivel de Terreros y San Mateo, además de la correspondiente a la intersección a desnivel 3M. 7. Plan de manejo ambiental y social correspondiente a los carriles de tráfico mixto y las intersecciones a nivel Terreros y San Mateo y la intersección a desnivel de 3M y el Plan de Manejo de Trafico. 8. Puentes en intersecciones Terreros y San Mateo. <p>B. En el Trayecto 11:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ampliación a doble calzada del trayecto El Paso – San Rafael <p>C. En el Trayecto 12:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ejecutar las obras de construcción que resulten necesarias para el mejoramiento de la calzada existente, entre la intersección El Paso y el puente sobre el río Bogotá. 2. Ejecutar la construcción de una ciclo ruta a lo largo del trayecto con un ancho efectivo de 3.0m. 3. Ejecutar la construcción de un puente para la ciclo ruta de 80m de longitud. 4. Ejecutar los diseños y las obras de construcción para el mejoramiento y 	<p>PROSPERA</p>

	<p>adecuación del puente Salsipuedes sobre el río Bogotá.</p> <p>5. Construcción de cuatro puentes peatonales.</p> <p>6. Ejecutar las obras de construcción necesarias para la rehabilitación y el mantenimiento de tres kilómetros de paso urbano, hasta el Puente Mariano Ospina.</p> <p>D. Obras complementarias</p> <p>1. Puentes peatonales y pasa ganados de conformidad con la propuesta entregada por el Concesionario y ubicados en los lugares que los niveles de seguridad y servicio de la vía lo requieran, con base en el estudio realizado por la interventoría del contrato de concesión.</p>	
	<p>OCTAVA. Que se declare que en virtud de lo convenido en el Otrosí No. 15, la ANI remuneró al Concesionario el total de las obras de construcción y rehabilitación (CAPEX) del Otrosí No. 8.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>NOVENA. Que se declare que el Concesionario no terminó dentro del plazo contractualmente previsto las obras adicionales del Trayecto No. 1 y del Trayecto No. 11 y las obras complementarias establecidas en el Otrosí No. 8, a las que se refiere la pretensión séptima anterior.</p>	<p>PROSPERA PARCIALMENTE</p>
	<p>DÉCIMA. Que se declare que se han generado intereses de mora a la tasa establecida en la cláusula 66 del Contrato sobre aquellos recursos pagados por la ANI a través del Otrosí No. 15 que remuneraron obras y/o actividades a las que se refiere la pretensión séptima respecto de las cuales el Concesionario incumplió los plazos contractualmente acordados para terminar y entregar las obras, contados desde la fecha en que se le entregaron los respectivos recursos al Concesionario o, si el Tribunal considera que esta fecha no debe utilizarse para ese cálculos, contados desde la fecha en la que el Concesionario debía entregar y terminar las obras y hasta la fecha en que efectivamente se terminen y entregue las mismas.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>DÉCIMA SUBSIDIARIA. En caso que no prospere la pretensión anterior, que se declare que el contrato se desequilibró a favor del Concesionario a raíz del</p>	<p>PROSPERA</p>

	incumplimiento del Concesionario por no haber terminado y entregado las obras de este Otrosí en los plazos originalmente acordados.	
	DÉCIMA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA SUBSIDIARIA. En caso que no prospere la pretensión anterior, que se declare que la ejecución de las obras a las que se refiere la pretensión séptima anterior, por fuera de los plazos inicialmente previstos en el Otrosí No. 8, produjo a la ANI un daño antijurídico con los consecuentes perjuicios que se prueben dentro del presente proceso, por cuanto se pagó por adelantado unas obras al Concesionario que debían terminarse en unos plazos contractualmente acordados y que no fueron terminadas ni entregadas a tiempo.	NO PROSPERA
	DÉCIMA PRIMERA. Como consecuencia de la pretensión décima anterior que se declare que el Concesionario está obligado a pagar a la ANI intereses de mora a la tasa establecida en la cláusula 66 del Contrato sobre los saldos que determine el Tribunal al fallar la pretensión décima o, si el Tribunal no considera que procede dicha tasa, que se fijen de acuerdo con lo que determine el Tribunal.	NO PROSPERA
	DÉCIMA PRIMERA SUBSIDIARIA. En caso de que no prosperen las pretensiones décima y décima primera principales, que como consecuencia de la pretensión décima subsidiaria anterior se declare que el Concesionario está obligado a restablecer el equilibrio económico del Otrosí No. 8 a favor de la ANI.	PROSPERA
	DÉCIMA PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SUBSIDIARIA. En caso de que no prosperen las pretensiones décima y décima primera principales ni las pretensiones décima subsidiaria ni décima primera subsidiaria, que como consecuencia de la pretensión décima subsidiaria a la subsidiaria anterior se declare que el Concesionario está obligado a pagarle a la ANI los perjuicios causados a raíz del incumplimiento en la entrega de las obras del Otrosí No. 8 según lo acordado.	NO PROSPERA
	DÉCIMA SEGUNDA. Que se declare que de acuerdo con la cláusula cuarta del Adicional No. 1, el pago de las labores de Operación y	PROSPERA

	<p>Mantenimiento (OPEX) del Otrosí No. 8 remunera la ejecución de estas labores hasta el año 2020, año en que al momento de la firma del Adicional se estimaba que se revertiría la Concesión.</p>	
	<p>DÉCIMA TERCERA. Que se declare que de acuerdo con la cláusula dieciséis del Contrato, en el momento en el que el Concesionario obtenga el Ingreso Esperado se hará la reversión de la Concesión.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>DÉCIMA CUARTA. Como consecuencia de la pretensión décima tercera anterior, que se declare que la ANI sólo deberá pagar las vigencias futuras acordadas en la cláusula cuarta del Adicional No. 1 destinadas a reconocer el OPEX del Otrosí No. 8, hasta la fecha en que se revierta la Concesión.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>DÉCIMA CUARTA SUBSIDIARIA. Que en caso de que no prospere la pretensión décima cuarta principal, se declare que el Concesionario está obligado a ejecutar, conforme con el Contrato, las labores de Operación y Mantenimiento (OPEX) del Otrosí No. 8 hasta el año 2020.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>DÉCIMA QUINTA. Que se declare que en el Otrosí No. 8 las Partes pactaron que el Concesionario debe hacer la adecuación y construcción de la calzada mixta norte en una longitud de 5.615 metros.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>DÉCIMA SEXTA. Que se declare que en el Otrosí No. 15 se acordó que la remuneración al Concesionario por la Operación y Mantenimiento (OPEX) de la adecuación y construcción de la calzada mixta norte, el Trayecto 11 y el Trayecto 12 contemplados en la cláusula 1 del Otrosí No. 8 es de CIENTO DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DIECISÉIS MIL CUARENTA Y CUATRO PESOS (COP\$118.228.016.044).</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>DÉCIMA SÉPTIMA. Que se declare que de acuerdo con la cláusula cuarta del Adicional No. 1 el OPEX de las obras del Otrosí No. 8 a las que se refiere la pretensión décima sexta anterior serán pagadas con las vigencias futuras previstas en el CONPES</p>	<p>PROSPERA</p>

	3632 de 2009 .	
	DECIMA OCTAVA. Que se declare que de acuerdo con la modificación de la cláusula primera del Otrosí No. 23, la adecuación y construcción de la calzada mixta norte a la que está obligado el Concesionario no tendrá una longitud de 5.615 metros sino de 3.399 metros.	PROSPERA
	DÉCIMA NOVENA. Que se declare que a raíz de la modificación a la que se refiere la pretensión décima octava anterior, la ANI debe pagar únicamente el OPEX de los 3.933 metros que tendrá la calzada mixta norte, es decir 2.216 metros menos a lo acordado en el Otrosí No. 8, el Otrosí No. 15 y el Adicional No. 1.	PROSPERA
	VIGÉSIMA. Que como consecuencia de la pretensión décima novena anterior, se declare que el ajuste que hizo la ANI a la cantidad pagada en la vigencia futura de junio del 2013 destinada a reconocer el OPEX del Otrosí No. 8 es acorde con lo pactado en el Contrato incluyendo sus modificaciones, adicionales y Otrosíes.	PROSPERA
	VIGÉSIMA SUBSIDIARIA. En caso de que no prospere la pretensión vigésima anterior que el Tribunal determine la metodología para descontar del pago de las vigencias futuras contempladas en la cláusula 4 del Adicional No. 1 el valor de las labores correspondientes al número de metros pagados en exceso, es decir, el valor a descontar de los pagos al Concesionario por los metros sobre los cuales el Concesionario no ejecutará las labores correlativas a la remuneración que se pactó inicialmente por concepto de OPEX de la calzada mixta norte.	NO PROSPERA
	VIGÉSIMA PRIMERA. Que en caso de que prospere la pretensión vigésima anterior, que se declare que el Concesionario está obligado a restituir a la ANI el valor de OPEX recibido por él al percibir los pagos a los que se refieren las vigencias futuras de 2009 a 2011 correspondiente a los 2.216 metros excluidos mediante el Otrosí No. 23.	PROSPERA PARCIALMENTE
	VIGÉSIMA SEGUNDA. Que se declare que de acuerdo con los numerales 3.1.1 y 3.1.2 del Apéndice No. 2 del Contrato, el	PROSPERA

	<p>Concesionario tiene la obligación de estabilizar las zonas inestables y los taludes a lo largo del proyecto.</p>	
	<p>VIGÉSIMA TERCERA. Que se declare que el Concesionario ha incumplido el Contrato toda vez que a la fecha no ha cumplido con su obligación de estabilización de zonas inestables y taludes mencionada en la pretensión vigésima segunda anterior en los siguientes puntos del proyecto: (...)</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>VIGÉSIMA CUARTA. Que se declare que, de acuerdo con los numerales 3.1.1 y 3.1.2 del Apéndice No. 2 del Contrato, el Concesionario tiene la obligación de hacer las obras de drenaje necesarias a lo largo del proyecto.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>VIGÉSIMA QUINTA. Que se declare que el Concesionario ha incumplido el Contrato toda vez que a la fecha no ha cumplido con su obligación de llevar a cabo las obras de drenaje mencionadas en la pretensión vigésima cuarta anterior en los siguientes puntos del proyecto: (...)</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>VIGÉSIMA SEXTA. Que se declare que el Concesionario tiene la obligación de ejecutar las obras del Túnel del Sumapaz, lo cual incluye el revestimiento de los nichos de parqueo y el revestimiento del Túnel Ventana, de acuerdo con las especificaciones técnicas de los Apéndices 2 y 3 del Contrato y en general de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>VIGÉSIMA SÉPTIMA. Que se declare que el Concesionario incumplió su obligación contractual a la que se refiere la pretensión vigésima sexta anterior.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>VIGÉSIMA OCTAVA. Que se declare que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula dieciséis del Contrato, las obras a las que se refiere la pretensión vigésima sexta anterior deben ser ejecutadas por el Concesionario a cambio de su derecho a percibir el Ingreso Esperado.</p>	<p>PROSPERA</p>

	<p>VIGÉSIMA NOVENA. Que se declare que el Concesionario está obligado a construir las obras de revestimiento de los nichos de parqueo en el Túnel del Sumapaz y el revestimiento del Túnel Ventana de acuerdo a las especificaciones técnicas del Contrato.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA. Que se declare que en el numeral 4.4.1 del Apéndice 2 del Contrato se pactó que el Concesionario está obligado a construir un separador New Jersey en el Trayecto 4 del Proyecto Vial Bosa-Granada-Girardot con las características que permitan que preste un servicio idóneo de acuerdo con lo previsto en el Contrato.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA PRIMERA. Que se declare que de acuerdo con el Contrato, el Concesionario está obligado a construir el separador New Jersey en el Trayecto 4 al que se refiere la pretensión trigésima a cambio de su derecho a percibir el Ingreso Esperado.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA SEGUNDA. Que se declare que el Concesionario incumplió la obligación contractual a la que se refiere la pretensión trigésima primera anterior.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA TERCERA. Que se declare que el Concesionario está obligado a construir, a su costo, las obras a las que se refiere la pretensión trigésima.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TRIGÉSIMA TERCERA SUBSIDIARIA. En caso de que no prospere la pretensión trigésima tercera principal, que se declare que el Concesionario está obligado a construir, a su costo, un separador central para el Trayecto 4 que garanticen los niveles de seguridad en la vida.</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>PRIMERA DE CONDENA. Que como consecuencia de la pretensión cuarta declarativa, se condene al Concesionario a ejecutar las obras de construcción necesarias para la variante “El Boquerón” en doble calzada entre el PR 43+550 y el PR 42+120 de acuerdo con el numeral 4.8.7 del Apéndice 2 de Contrato.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>PRIMERA SUBSIDIARIA. En caso de que no proceda la pretensión de condena anterior y como consecuencia de la pretensión declarativa cuarta subsidiaria, que se condene por la cuantía que se pruebe en este proceso al Concesionario a restituir a la ANI la diferencia entre el valor de las obras que debía ejecutar (variante El Boquerón) y las que realmente ejecutó (paso urbano El Boquerón).</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>SEGUNDA. Que como consecuencia de la pretensión sexta declarativa se condene por la cuantía que se pruebe en este proceso al Concesionario a pagarle a la ANI el valor de los predios que tuvo que adquirir para la construcción de las obras conocidas como “el paso urbano El Boquerón”.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>SEGUNDA SUBSIDIARIA. En caso de que no proceda la pretensión de condena anterior, como consecuencia de la pretensión declarativa sexta subsidiaria que se condene al Concesionario a restituir a la ANI el mayor valor que ésta tuvo que pagar por la diferencia que en su momento se presentó entre el valor de las predios que debía pagar la ANI para la variante El Boquerón y lo que pagó por los predios necesarios para el paso urbano “El Boquerón” incluyendo cualquier suma que la ANI haya pagado por intereses para financiar la adquisición de estos predios.</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>TERCERA. Que como consecuencia de la pretensión declarativa décima primera, se condene al Concesionario a pagar a la ANI intereses moratorios a la tasa establecida en la cláusula 66 del Contrato, sobre las sumas entregadas por la ANI como remuneración de la obras del Otrosí No. 8 que no fueron entregadas en los plazos contractualmente previstos.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TERCERA SUBSIDIARIA. En caso de que no prospere la pretensión de condena tercera principal y como consecuencia de la pretensión declarativa décima primera subsidiaria, que se condene al Concesionario a restablecer el equilibrio económico del Otrosí No. 8, para lo cual deberá pagarle a la ANI la diferencia entre el valor pagado por la ANI a raíz del Otrosí No. 15 y el valor de dicha suma actualizada a la fecha a la TIR del 11% real pactada en el modelo financiero del Otrosí No. 8.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>TERCERA SUBSIDIARIA A LA SUBSIDIARIA. En caso de no proceder la primera pretensión tercera subsidiaria y como consecuencia de la pretensión declarativa subsidiaria a la décima primera subsidiaria, que se condene al Concesionario a pagarle a la ANI el daño que esta sufrió por no haber el Concesionario ejecutado a tiempo las obras del Otrosí No. 8 de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso.</p>	<p>NO PROSPERA</p>
	<p>CUARTA. Que como consecuencia de la pretensión declarativa décima cuarta subsidiaria, se condene al Concesionario a ejecutar las labores de Operación y Mantenimiento pactadas en el Adicional No. para las obras del Otrosí No. 8 hasta el 2020</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>QUINTA. Que, como consecuencia de la pretensión declarativa vigésima primera, se condene al Concesionario a pagarle a la ANI el OPEX pagado mediante las vigencias futuras de 2009 a 2013 por las obras del carril mixto norte que fueron excluidas mediante el Otrosí No. 23.</p>	<p>PROSPERA PARCIALMENTE</p>

	<p>SEXTA. Que, como consecuencia de la pretensión declarativa vigésima tercera, se condene al Concesionario a cumplir con su obligación de estabilización de zonas inestables y taludes de acuerdo con los numerales 3.1.1 y 3.1.2 del Apéndice 2 del Contrato.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>SÉPTIMA. Que como consecuencia de la pretensión declarativa vigésima quinta, se condene al Concesionario a cumplir con su obligación de obras de drenajes de acuerdo con los numerales 3.1.1 y 3.1.2 del Apéndice 2 del Contrato.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>OCTAVA. Que como consecuencia de la pretensión declarativa vigésima novena, se condene al Concesionario a ejecutar las obras de construcción necesarias del revestimiento de los nichos de parqueo y el revestimiento del Túnel Ventana de acuerdo con el Apéndice 2 de Contrato.</p>	<p>PROSPERA</p>
	<p>NOVENA. Que como consecuencia de la pretensión declarativa trigésima tercera, que se condene al Concesionario a ejecutar las obras de construcción del numeral 4.4.1 del Apéndice 2 del Contrato con relación al separador New Jersey del Trayecto 4.</p>	<p>PROSPERA PARCIALMENTE</p>
	<p>NOVENA SUBSIDIARIA. En caso de que no proceda la pretensión de condena anterior y como consecuencia de la pretensión declarativa trigésima tercera subsidiaria, que se condene al Concesionario a construir un separador para el Trayecto 4 que garantice los niveles de seguridad en la vida de acuerdo con el Contrato.</p>	<p>NO PROSPERA</p>

	<p>DÉCIMA. Que sobre cualquier condena que profiera el Honorable Tribunal, con excepción de aquellas que reconozcan intereses a favor de la ANI, se le condene a pagar 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.</p>	<p>NO PROSPERA</p>								
	<p>DÉCIMA SUBSIDIARIA. En caso de no condenar al Concesionario al pago de los intereses de mora sobre la suma debida en los términos solicitados en la pretensión de condena octava principal, que se le condene a pagar intereses con base a lo previsto en el numeral octavo del artículo cuarto de la Ley 80 de 1993.</p>	<p>NO PROSPERA</p>								
	<p>DÉCIMA PRIMERA. Como consecuencia de la pretensión octava anterior, que se liquiden los intereses que debe pagar el concesionario a la ANI hasta la fecha en que se emita el laudo.</p>	<p>NO PROSPERA</p>								
	<p>DÉCIMA SEGUNDA. Que se condene en costas y agencias en derecho a la Contraparte</p>	<p>PROSPERA</p>								
<p>EXCEPCIONES</p>	<p><u>EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA DEMANDA PRINCIPAL</u></p> <table border="1" data-bbox="667 1451 1502 1881"> <thead> <tr> <th data-bbox="667 1451 1227 1486">EXCEPCIÓN</th> <th data-bbox="1227 1451 1502 1486">DECISIÓN</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="667 1486 1227 1577">Falta de competencia del Tribunal</td> <td data-bbox="1227 1486 1502 1577">PROSPERA PARCIALMENTE</td> </tr> <tr> <td data-bbox="667 1577 1227 1793">El Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las facultades y funciones de la Superintendencia de Puertos y Transporte.</td> <td data-bbox="1227 1577 1502 1793">PROSPERA</td> </tr> <tr> <td data-bbox="667 1793 1227 1881">El tribunal carece de la habilitación para designar al amigable componedor.</td> <td data-bbox="1227 1793 1502 1881">PROSPERA</td> </tr> </tbody> </table>		EXCEPCIÓN	DECISIÓN	Falta de competencia del Tribunal	PROSPERA PARCIALMENTE	El Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las facultades y funciones de la Superintendencia de Puertos y Transporte.	PROSPERA	El tribunal carece de la habilitación para designar al amigable componedor.	PROSPERA
EXCEPCIÓN	DECISIÓN									
Falta de competencia del Tribunal	PROSPERA PARCIALMENTE									
El Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las facultades y funciones de la Superintendencia de Puertos y Transporte.	PROSPERA									
El tribunal carece de la habilitación para designar al amigable componedor.	PROSPERA									

	El mecanismo de amigable composición no operó por la existencia de dos listas de amigables componedores de la misma fecha pero con contenido diferente.	PROSPERA
	No es cierto que exista un modelo financiero elaborado por la ANI en la etapa precontractual o en el Contrato que suscribió el Concesionario para dar inicio a la Concesión que sea de carácter vinculante para las partes.	PROSPERA
	Excepción de contrato no cumplido	PROSPERA PARCIALMENTE
	Excepción de pleito pendiente	NO PROSPERA
	El Contrato incluyendo sus modificaciones, adicionales y Otrosíes regula claramente los casos en los cuales el Concesionario tiene derecho a pedir el reembolso de costos, gastos o inversiones a la ANI, y estipula que en cualquier otro caso debe entenderse que las obras, trabajos o labores son a cargo del Concesionario.	PROSPERA
	No corresponde al Tribunal definir las obligaciones legales del Concesionario, ni proveer conceptos jurídicos.	NO PROSPERA

EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

EXCEPCIÓN	DECISIÓN
PRIMERA: Excepción de incumplimiento	NO PROSPERA
SEGUNDA: No remuneración de los perjuicios ocasionados por los retrasos derivados de sus propios actos.	NO PROSPERA
TERCERA: Pacta sunt servanda	NO PROSPERA
CUARTA: Excepción de cumplimiento	PROSPERA PARCIALMENTE
QUINTA: cumplimiento del	NO PROSPERA

	contrato de concesión” puede alegar su propia culpa	
	SEXTA: “Cobro de lo no debido. Inexistencia de obligación en mora”	PROSPERA
	SÉPTIMA: Cumplimiento	NO PROSPERA
	OCTAVA: Inexistencia de la obligación	PROSPERA
	NOVENA: Inexistencia de desequilibrio económico”	NO PROSPERA
	DÉCIMA: Cobro de lo no debido	NO PROSPERA
	DÉCIMA PRIMERA: Cumplimiento del contrato de concesión	PROSPERA PARCIALMENTE
	DÉCIMA SEGUNDA: Abuso del derecho	NO PROSPERA
	DÉCIMA TERCERA: No obligación de construir las obras de revestimiento”	NO PROSPERA
	DÉCIMA CUARTA: Actos propios”	NO PROSPERA
	DÉCIMA QUINTA: Prescripción	NO PROSPERA
	DÉCIMA SEXTA: Aceptación tácita de los diseños propuestos por el concesionario.	NO PROSPERA
	DÉCIMA OCTAVA: El ingreso esperado remunera las obras realizadas en ejecución del diseño presentado durante la etapa de Preconstrucción	NO PROSPERA
	DÉCIMA NOVENA: El concesionario está obligado a ejecutar las obras de acuerdo con sus diseños presentados.	NO PROSPERA
	VIGÉSIMA: Actos propios del Inco o Venire contra factum proprium non valet	NO PROSPERA
	VIGÉSIMA PRIMERA:	NO PROSPERA

	Caducidad de la acción	
	VIGÉSIMA SEGUNDA: La construcción de la variante no pudo ser llevada a cabo debido a que la comunidad no la permitió.	NO PROSPERA
	VIGÉSIMA TERCERA: pacta-sunt servanda- cláusulas contractuales	PROSPERA
	VIGÉSIMA CUARTA: Fuerza mayor	NO PROSPERA
Valor de la decisión	\$80.326.626.616.397	
Valor de las costas y agencias en derecho	\$ 1.573.890.796 a cargo de la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT.	
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)	NINGUNA	
IX. EVENTUALES		
Recurso de Anulación	NO	
Recurso de Revisión	NO	
Acción de Tutela	NO	
Conciliación total	NO	
Conciliación parcial	NO	